

Das Dienstverschaffungsverhältnis

von

RICHARD DAIMER

aus München

1961



Digitized by the Internet Archive
in 2026

D A S D I E N S T V E R S C H A F F U N G S -
V E R H Ä L T N I S .

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen



vorgelegt von
Richard Daimer
aus München

Approbiert am 17. Februar 1961.



Referent: Professor Dr. Ludwig Schnorr von Carolsfeld
Dekan: Professor Dr. Ludwig Schnorr von Carolsfeld

Meiner lieben Mutter
und dem Andenken meines Vaters
in Dankbarkeit gewidmet.

Gliederung und Inhaltsverzeichnis.

I. Hauptteil.

A) Allgemeines.

	Seite
§ 1. Begriff des Dienstverschaffungsverhältnisses	1

B) Wirtschaftliche Bedeutung.

§ 2. Vorkommen im Leben	4
-----------------------------------	---

II. Hauptteil.

Die Rechtsbeziehungen zwischen Verschaffungsschuldner und Verschaffungsgläubiger.

§ 3. Begriffsbestimmung des Dienstverschaffungsvertrages an Hand einer Abgrenzung von verwandten Rechtsinstituten.	
1. Dienstverschaffung als Vertrag	9
2. Der Begriff der Dienste	10
a) Abgrenzung vom Arbeitsplatzverschaffungsvertrag	10
b) Abgrenzung vom Dienstvertrag zu Gunsten eines Dritten	11
c) Weiter Begriff der Dienste	11
d) Abgrenzung vom Werkvertrag mit Erfüllung durch Dritte	12
e) Abgrenzung vom Raumfracht- und Stückgutfrachtvertrag	14
3. Der Begriff der Verschaffung.	
a) Abgrenzung der Verschaffung von der Leistung von Diensten	15
b) Unterscheidung vom Maklervertrag	15
c) Abgrenzung von den Stellvertreterungstatbeständen	18
d) Unterschied zur Übertragung des ganzen Betriebes	20

4. Der Begriff der Dienstverschaffung	21
5. Gemeinsame Merkmale aller Dienstverschaffungsverträge	22

§ 4. Gliederung der Dienstverschaffungsverträge.

I) Die reinen Dienstverschaffungsverträge .	23
1. Der unechte Dienstverschaffungsvertrag	25
a) Vertragsinhalt	25
b) Subsumtion	26
c) Anwendbarkeit von Bestimmungen des Dienstvertragstitels	28
2. Die echten Dienstverschaffungsverträge	29
a) Verpflichtung zur Erbringung eigener Handlungen	30
b) Verpflichtung zur Herbeiführung fremder Handlungen	32
c) Subsumtion	38
d) Anwendbarkeit von gesetzlichen Bestimmungen	40
3. Äußere Unterscheidungsmerkmale zwischen echtem und unechtem Dienstverschaffungsvertrag.	43
II) Die mit anderen Vertragstypen gemischten Dienstverschaffungsverträge.	
1. Vermischung mit Dienst- oder Arbeitsvertrag	44
a) Das Hofgängerverhältnis	45
b) Verschaffungsgläubiger als Arbeitnehmer des Verschaffungsschuldners	45
c) Dienstverschaffungsverpflichtung als facultas alternativa.	46
2. Vermischung mit Sachleihe und Sachmiete . .	47

III. Hauptteil.

Rechtsbeziehungen zwischen Verschaffungsschuldner und Drittem, sowie zwischen Verschaffungsgläubiger und Drittem.

A)

Das Rechtsverhältnis zwischen Verschaffungs- s c h u l d n e r und Drittem.

Seite

§ 5. Einteilung der am Dienstverschaffungsverhältnis beteiligten Arbeitnehmer.	
1. Unternehmerarbeiter	50
2. Leiharbeiter	51
a) E c h t e Leiharbeiter	52
b) U n e c h t e Leiharbeiter	52
c) Berufsleiharbeiter	53
§ 6. Leih- und Unternehmerarbeitsverhältnisse und das Vermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung	54
1. Anwendung auf die unechten Dienstverschaffungsverträge	55
2. Anwendung auf die verschiedenen Formen von Leiharbeitsverhältnissen.	
a) Berufsleiharbeiter	56
b) Unechte und echte Leiharbeiter	56
§ 7. Das Deckungsverhältnis zwischen Verschaffungsschuldner und Drittem	58
1. Der Anspruch auf die Arbeitsleistung aus dem Arbeitsvertrag	60
2. Das Direktionsrecht	62
3. Anwendung von 1. und 2. auf	
a) den unechten Dienstverschaffungsvertrag	64
b) den echten Dienstverschaffungsvertrag	66
§ 8. Die praktische Durchführung des Leiharbeitsverhältnisses zwischen Verschaffungsschuldner und Drittem	69
1.a) Die Ansicht von H u e c k - N i p p e r d e y	69
b) Kritik	70
2. Die Ansicht von M o l l i t o r	74
3. Eigene Ansicht	74
a) Anwendung auf das echte Leiharbeitsverhältnis	75
b) Anwendung auf die zulässigen unechten- und Berufsleiharbeitsverhältnisse	79

B)

Das Ineinandergreifen der arbeitsrechtlichen
Beziehungen zwischen den Beteiligten des
Dienstverschaffungsvertrages und dem Dritten.

Seite

§ 9. Rechtsbeziehungen beim unechten Dienstverschaffungsvertrag	80
§ 10. Die Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses beim echten Dienstverschaffungsvertrag	81
1. Die Ansicht B e i n e s (Eingliederungstheorie)...	82
2. Die Ansicht des Reichsgerichts und des Reichsarbeitsgerichts (Vertragstheorie)	83
3. Kritik und eigene Ansicht.	
a) Argumente gegen die Ansicht B e i n e s	84
b) Argumente gegen die Ansicht von Reichsgericht und Reichsarbeitsgericht	86
c) Eigener Lösungsvorschlag	88
4. Die Verteilung der Arbeitgeberbefugnisse und -pflichten zwischen Verschaffungsschuldner und Verschaffungsgläubiger im einzelnen.	
a) Der Anspruch auf die Arbeitsleistung	91
b) Die Treue- und Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers	92
c) Die Verpflichtung zur Lohnzahlung, Sozialversicherung und Abführung der Lohnsteuer	92
d) Die Fürsorge- und Sorgfaltspflicht des Arbeitgebers	95
e) Die Folgen der Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht	97
f) Das gegenseitige Kündigungsrecht.	103
g) Das Wahlrecht zum Betriebsrat	106
h) Der Urlaubsanspruch	107
i) Die Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes	108
k) Die Behandlung von Arbeitnehmererfindungen	110
l) Weitere Folgerungen aus der Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses	112

§ 11. Haftung der Beteiligten des Dienstverschaffungsverhältnisses gegenüber außenstehenden Personen.	
1. Beim unechten Dienstverschaffungsvertrag	114
2. Beim echten Dienstverschaffungsvertrag	115

IV. Hauptteil.

Dienstverschaffungstatbestände innerhalb von Gruppenarbeitsverhältnissen und wirtschaftlich ähnlichen Erscheinungsformen.

§ 12. Die Betriebsgruppe	117
§ 13. Eigengruppen und ähnliche Erscheinungsformen . . .	118
I.) Die Eigengruppe.	118
1. Eigengruppen in Form einer BGB-Gesellschaft	120
a) Die Dienstverschaffungstheorie	121
b) Die neue Ansicht von H u e c k - N i p p e r d e y	123
c) Die Gesamthandstheorie	124
d) Kritik und eigene Meinung	125
2. Die Eigengruppe als selbständiger Unternehmer	131
II.) Juristische Personen als Partner von Dienst- verschaffungsverträgen.	132
§ 14. Die sogenannten "Schwesterngestellungsverträge". .	133
1. Das Rechtsverhältnis zwischen Schwestern- schaft und Krankenhausträger	134
2. Das Rechtsverhältnis zwischen Schwester und Krankenhausträger.	140

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s :

- A b r a h a m ; Seerecht, 2.Aufl.Berlin, 1960.
- A p p e l , Alfred; Die rechtliche Natur der Zwischenpersonen beim gewerblichen Arbeitsvertrag, Berlin 1916.
- B e i n e , Reinhard; Die rechtliche Stellung der Leiharbeiter, Diss.jur., Halle, 1943, Masch.Schr. Abgekürzt: Dissertation.
- ders.: Die rechtliche Stellung der Unternehmerarbeiter, DAR 1937 S.18 ff.
- ders.: Die rechtliche Stellung der Leiharbeiter, ArbBlBritZone 1947 S.410 ff.
- ders.: AR-Kartei, "Leiharbeiter", Anm.1919 - 1945.
- B e r n d t - D r a e g e r; Arbeitsvermittlung, Berufsberatung, Arbeitslosenversicherung, Bücherei für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, Loseblattsamml. Stuttgart 1956.
- B o b r o w s k i, Paul; Das Arbeitsrecht, 2.Aufl.,Heidenheim/Brenz, 1954.
- B o b r o w s k i - G a u l; Das Arbeitsrecht im Betrieb, 3.Aufl., Heidelberg.
- B ö t t i c h e r, Eduard; Der Betriebsinhaberwechsel, Köln 1957; vgl. auch Festschrift für Nikisch S.14 ff.
- B r a c k m a n n, Kurt; Handbuch der Sozialversicherung, Bd.II u.III, Bad Godesberg, 1960.
- B r a n d e n b u r g; Die Verträge auf fremde Leistungen, Diss.jur., Bonn, 1919.
- B r o c k m a n n; Der Vertrag des Impressario von Bühnenkünstlern nach heutigem Reichsrecht, Diss.jur.,Freiburg, 1901.
- B ü s i n g; Der Gruppenarbeitsvertrag, Altona, 1926.
- C l a s e n, G; Unternehmerhaftung für Leiharbeiter, VersR 1952 S.193.

- D a l b e r g : Dienstverschaffungsverträge, JW 1911 S.140 ff.
- D e n e c k e : In RGR-Kommentar z.BGB, Bd.II Teil 1, 11.Aufl. Berlin 1959.
- D e r s c h : AR-Blattei "Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis".
- ders.: Die Urlaubsgesetze, München-Berlin 1954.
- D i e n s t a g : Sittenwidrige Filmengagementsverträge, NZArbR 1929 S.466 ff.
- D i e t z : Betriebsverfassungsgesetz und Wahlordnung, 2.Aufl. München-Berlin 1955.
- D r e h e r , Martin: Die Amtshilfe, Göttingen 1959.
- E n d e m a n n , Helmut: Die Rechtsstellung des Leiharbeiters, BB 1951 S.786 ff.
- ders.: Die Rechtsstellung des Unternehmerarbeiters, BB 1954 S.473 ff.
- E n n e c c e r u s - L e h m a n n : Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, Bd.I, 1 und II, 2, 14.Aufl. Tübingen 1954.
- E r m a n , Walter: Handkommentar zum BGB, 2 Bde., 2.Aufl. Münster 1958.
- F i s c h e r : Gemischte Verträge, Diss.jur.,Marburg 1931.
- F i t t i n g - K r a e g e l o h : Betriebsverfassungsgesetz und Wahlordnung, 4.Aufl.,Berlin-Frankfurt 1958.
- F o r k e l : AR-Blattei D III "Mittelb.Arb.Verhältnis".
- G a l p e r i n : Das Weisungsrecht des Arbeitgebers, DB 1952 S.186.
- G a l p e r i n - S i e b e r t : Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz 3.Aufl. Heidelberg, 1958.
- G e i g e l , R. : Der Haftpflichtprozeß, 9.Aufl.München-Berlin,1959.
- G r a m s e , Eberhard: Die Dienstverschaffungsverträge, Diss.jur.,Göttingen, 1934.
- G r a n d , Christian-Louis: Leiharbeitsverhältnisse im Schweizerischen Recht, Winterthur,1960.

- G r e g o r y , von: Der Dienstverschaffungsvertrag,
Diss.jur., Breslau, 1924,
(Maschinenschrift, Ausz.gedruckt).
- G r e l l , Dieter: Der Betriebsinhaberwechsel,
Berlin, 1957.
- H ä u s s l e r - N e i t z e l: AR-Kartei "Leiharbeiter,
Einzelfälle".
- H a h n : Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers,
GruchArch Bd.45 S.217 ff.
- H e d e m a n n : Selbständige Gruppen im Arbeitsrecht,
NZArbR 1924 S.254 ff.
- H e i n e - K e b i t z k i : Arbeitnehmererfindungen,
Kommentar, 2.Aufl., Darmstadt, 1957.
- H e r s c h e l : Das mittelbare Arbeitsverhältnis,
JW 37 S.1116.
- H e s s e l : Der Arbeitnehmerbegriff, RdA 1952, 420 f.
- ders.: "Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis",
AR-Blattei, D-Blatt.
- H ö c k e r , Lorenz: Grundsätze über die Rechts-
stellung des Unternehmerarbeiters,
RdA 1954 S.127.
- H o f r i c h t e r, Paul: Das mittelbare Arbeitsverhältnis,
Diss.jur., Berlin, 1939.
- H u e c k , Alfred: Arbeitsvertrag und Arbeitsver-
hältnis im neuen Arbeitsvertragsgesetz,
JheringJ Bd.74 S.358 ff.
- ders.: Das Recht der OHG, 2.Aufl., Berlin, 1951.
- ders.: Kündigungsschutzgesetz, 4.Aufl., München-
Berlin, 1961.
- H u e c k - N i p p e r d e y: Lehrbuch des Arbeitsrechts,
Bd.I, 1930; Bd.II, 1931; sowie 4.Aufl.
und 6.Aufl.; München-Berlin, 1959.
(Die 6.Aufl. ist zitiert mit "a.a.O.")
- H ü r z e l e r : Probleme des Chartervertrages nach
Luftrecht, Diss.jur., Zürich, 1953.
- H ö h l e r - B e c k e b a n z e : Die Haftung des Unter-
nehmers bei Unfällen in seinem Betrieb,
BB 1952 S.551.

- I b b i n g , Hans: Arbeitsgruppen, Zwischenpersonen, mittelbare Arbeitsverhältnisse, Diss.jur. Göttingen, 1935.
- I h r i g , Karl: Rechtsfragen beim Gruppenakkordvertrage, Diss.jur., Rostock, 1916.
- J a c o b i , Ernst: Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig, 1927.
- J a e r i s c h : Die Vermietung einer bemannten Schute, Hamburg, 1927.
- J a n s e n , Hermann: Die Zeitcharter, Leipzig, 1923.
- K a r l o w a : Römische Rechtsgeschichte, Bd.II, Leipzig, 1901.
- K a s k e l - D e r s c h : Arbeitsrecht, 5.Aufl., Berlin, 1957.
- K a u f f m a n n : Zum Begriff des mittelbaren Arbeitsverhältnisses, seiner Voraussetzungen und Wirkungen, RdA 1951 S.187 ff.
- K l e i n : Das Recht des sozialcharitativen Arbeitsbereiches, Zeitschrift, 1959 S.37 ff.
- K o e n i g s , F : Fragen des Seearbeitsrechts, Hamburg, 1954.
- K r e b s , Heinrich: Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, Komm. München, 1957.
- K u t z e r , Theodor: Das Dienstrecht der Bühnenmitglieder, Mannheim, 1931.
- K ü h n , Walter: Kommentar zur Reichsabgabenordnung, 5.Aufl., Stuttgart, 1958.
- L a r e n z : Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.I 3.Aufl., München-Berlin, 1958.
- ders.: Anmerkung zu LAG Mannheim in AP 1953 Nr.223.
- L a u t e r b a c h , Herbert: Unfallversicherung, Stuttgart-Köln, 1951.
- L e w i n - G u r a d z e : Der Innenarbeitgeber, Zeitschrift "Arbeitsrecht" Bd.XI, 1924 Sp.663 ff.
- L o t m a r : Der Arbeitsvertrag Bd.I, 1902; Bd.II, 1908, Leipzig.

- L u d e w i g, Wilhelm: Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, Diss.jur.,Marburg, 1922.
- M a l t z a h n, von: Nochmals: Die Gestellungsverträge der Schwesternorganisationen, RdA 1955 S.454 ff.
- M a r x : Zeitschrift "Arbeitsrecht" 1929 S.345 ff.
- M a u r e r : Arbeitsverhältnis der Musiker, AR-Blattei D III.
- M a u s , Wilhelm: Das Arbeitsverhältnis, München, 1953
- M e i s s i n g e r , Hermann: Betriebsverfassungsgesetz, Komm. München, 1952.
- M e e r s c h e i d t, von - H ü l l e s e m: Gemischte Verträge und Verträge eigener Art, DJZ 1910 S.854 ff.
- M o l i t o r , Erich: Das Wesen des Arbeitsvertrages, Leipzig, 1925; abgekürzt: Wesen.
- ders.: Verträge über Arbeit, die einem Dritten geleistet werden soll, Schlicht.Wesen 1926 S.89.
- ders.: Die Kündigung des Arbeitsvertrages oder des Arbeitsverhältnisses, RdA 1955 S.41 ff.
- ders.: Geteiltes Weisungsrecht, DB 1960 S.28 ff.
- ders.: Grund und Grenzen des Weisungsrechts, RdA 1959 S.3 ff.
- ders.: Arbeitspflicht, Arbeitnehmerbegriff in AR-Blattei D-Blatt.
- ders.: Bei Kuhns: Das gesamte Recht der Heilberufe, 1958, "Schwesterngestellungsvertrag".
- M o l i t o r - H u e c k - R i e z l e r: Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1925.
- M ü c k l e y, Franz: Die Theorie des Dienstverschaffungsvertrages, Diss.jur.,Göttingen, 1930.
- M ü n s t e r m a n n , Walter: Diss.jur.,Köln 1954, in F e l i x, Dr. Günther:" Von der Auslegung und Anwendung der Steuergesetze, Stuttg.1958.
- M u n d h e n k , Gustav: Der Dienstverschaffungsvertrag, Diss.jur., Köln, 1931.

- N e u h ä u s e r, Werner: Der Arbeitsvertrag des Schiffsmannes, Rostock, 1934.
- N i k i s c h, Arthur: Lehrbuch des Arbeitsrechts, 2 Bände, 2.Aufl., Tübingen, 1955.
- ders.: Vom Arbeitsverhältnis, Festschrift für Lehmann, 1937, S.285 ff.
- ders.: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, Berlin-Leipzig-Wien, 1941.
- ders.: Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und seine Grenzen, BB 1950, S.538.
- ders.: Zur rechtlichen Stellung der Rote-Kreuz-Schwester, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Leiharbeitsverhältnis, Festschrift für Hueck, München-Berlin, 1959.
- ders.: Die Eingliederung in ihrer Bedeutung für das Arbeitsrecht, RdA 1960 S.1 ff.
- O c h s, Josef: Die Theorie des gemischten Vertrages unter kritischer Würdigung des heutigen Standes der Lehre, Diss.jur., Erlangen, 1932.
- O e h m a n n: Direktionsrecht und Gehorsampflicht, in AR-Blattei.
- O e r t m a n n, Paul: Verträge auf Handlungen dritter Personen, in Festschrift für Ernst Zitelmann, II.Abt., Köln, 1913.
- ders.: Kommentar zum BGB, Bd.II, 3.Aufl. Berlin, 1910.
- ders.: Deutsches Arbeitsvertragsrecht, Berlin, 1923.
- P e t e r m e y e r: Die gewerbsmäßige Verleihung von Arbeitskräften, Zeitschrift "Das Arbeitsamt", 1956 S.7 ff.
- P h i l i p s b o r n: Die arbeitsrechtliche Stellung caritativ tätiger Personen, NZArbR 1931 S.23 ff.
- P l a n c k - G u n k e l: Kommentar zum BGB, Bd.II, 2 4.Aufl. Berlin-Leipzig, 1928.
- P l e t t: Die Rechtsform der Gesamthafenbetriebe, RdA 1950 S.50 ff.
- R a m d o h r, von, Wilken: Gastklinik und Gastoperator, NJW 1959 S.2296.

- Reimer - Schade - Schippel: Das Recht der Arbeitnehmererfindung, 3.Aufl.Berlin,1960.
- Kiepenhausen, Bernhard: Das Arbeitsrecht der Bühne, 2.Aufl. Berlin, 1956.
- Roth, Gottfried: Der Dienstverschaffungsvertrag gegenüber dem Werk- und Dienstvertrag, Diss.jur.,Breslau, 1923, (Masch.Schrift).
- Kudat, Fritz: Der sogenannte Impresariovertrag, Diss.jur., Königsberg, 1926.
- Rüdiger: Gewerbsmäßige Arbeitsvermittlung und Ausleihung von Arbeitskräften, Zeitschrift "Das Arbeitsamt" 1956 S.122 ff.
- Rustmeier, Hans: Über die Rechtsverhältnisse der Musikkapelle, Diss.jur., Köln,1932.
- Savaete: Die Rechtsstellung der aufgrund von Gestellungsverträgen in Krankenanstalten tätigen Krankenschwestern ArbUR 1959 S.5 ff.
- Scheffler, Friedrich: Gruppenarbeit, Diss.jur., Berlin, 1927.
- Schelp: Gemischte Verträge, in Festschrift für Wilhelm Herschel, Schriftenreihe des Bundesarbeitsministeriums, Heft 1, S.87 ff., Stuttgart, 1955.
- Scherke, S.: Die Arbeitsgruppe im Betrieb, Wiesbaden,1956.
- Schettler, Karl-Friedrich: Die Vertragsverhältnisse der Hilfspersonen, Zwischenpersonen und Gruppen im Arbeitsrecht, Diss.rer.pol. Tübingen, 1926 (Masch.Schrift).
- Schnorr von Carolsfeld, Ludwig: Arbeitsrecht, Göttingen, 1954.
- ders.: Zur Arbeitsleistung im Rahmen von Gesellschaftsverhältnissen, in Festschrift für Alfred Hueck, München-Berlin, 1959.
- Schoch, Hermann: Die Dienstverschaffungsverträge, Diss.jur.,München, 1928.
- Schrauth, Otto: Das mittelbare Arbeitsverhältnis, Diss.jur., Giessen, 1939.

- S c h r o e d e r , Hans-Ernst: Der Dienstverschaffungs-
vertrag, Diss.jur.,Rostock, 1914.
- S e i d l , Erwin: Römisches Privatrecht,
Erlangen, 1948.
- S e n c k p i e h l : Das Lohngespann, Eger's eisenbahn- und
verkehrsrechtliche Entscheidungen und
Abhandlungen, Bd.31 S.261 ff.
- S i e b e r t : Dienstvertrag zu Gunsten Dritter,
DAK 1937 S.45 ff.
- S t a d e l m a n n , Karl: Der Impresariovertrag nach
Bürgerlichem Recht, Diss.jur.,Halle,1909.
- S t a u d i n g e r , J.: Kommentar zum BGB, Recht der Schuld-
verhältnisse, Bd.II 11.Aufl.München-
Berlin, 1958.
- T e u t s c h , A.: Das Beschäftigungsverhältnis als
Grundlage des gesetzlichen Unfallver-
sicherungsschutzes und des Haftungs-
sonderrechts der Unternehmer,Tübingen,1953.
- T i t z e , Heinrich: Recht der Schuldverhältnisse,
II.Bd. 4.Aufl. Berlin, 1932.
- T r i e s c h m a n n , Günther: Das Leiharbeitsverhältnis,
DB 1956 Beilage 16; abgekürzt: a.a.O.
- ders.: Die Gestellungsverträge der Schwestern-
organisationen, zugleich ein Beitrag zur
Leiharbeiterfrage, RdA 1955 S.5 ff.
- ders.: Entgegnung auf von Maltzahn,RdA 55 S.458.
- V a n s e l o w , Gerhard: Wechsel in der Person des Ar-
beitgebers und seine arbeitsrechtlichen
Konsequenzen, Schlichtungswesen 1922 S.95 f.
- V o l m e r , Bernhard: Arbeitnehmererfindungsgesetz,
Komm.München-Berlin, 1958.
- V o r t i s c h - Z s c h u c k e : Binnenschiffahrts- und
Flößereirecht, Komm.2.Aufl.Berlin,1953.
- W e b e r , Adolf: Allgemeine Volkswirtschaftslehre,
Berlin, 6.Aufl.
- W e i m a r : In ArbSozk 1953 S.336.
- W i e b e l : Gesamthafenbetriebe, RdA 1953 S.291.

- W i e l a n d : Der Wechsel, Basel, 1901.
- ders.: Die Ermächtigung zum Leistungs-
empfang ArchzivPrax, Bd.95 S.161 ff.
- W i e s z n e r , Götz: Das mittelbare Arbeitsverhältnis,
Diss.jur., München, 1940.
- W i m m e r , August: Die Dienstverschaffungsverträge
als Verträge über die Veranlassung eines
Dritten zu einem Verhalten, Diss.jur.,
Bonn, 1924; (Masch.Schrift, Ausz.gedr.).
- W ü s t e n d ö r f e r : Neuzeitliches Seehandelsrecht,
2.Aufl. Tübingen, 1950.
- W u s s o w , Werner: Das Unfallhaftpflichtrecht,
6.Aufl. Berlin-Köln, 1957.
- Z i g a n : Anmerkung zu LAG Kassel, AP 1951 S.281.

Nachtrag:

- H u e c k , Götz: Der Grundsatz der gleichmässigen
Behandlung im Privatrecht, München -
Berlin, 1958.

D a s D i e n s t v e r s c h a f f u n g s - v e r h ä l t n i s .

(Erörterung der schuldrechtlichen und arbeitsrechtlichen Seite, unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten "Leiharbeitsverhältnisse", der Gruppenarbeitsverhältnisse und der Schwesterngestellungsverträge.)

I. Hauptteil.

A) Allgemeines.

§ 1. Begriff des Dienstverschaffungsverhältnisses.

Es ist eine Eigenart des modernen Wirtschaftslebens, daß es den ständig wechselnden Bedürfnissen entsprechend, immer neue Formen von Vertragsverhältnissen hervorbringt. Die Entwicklung wird ermöglicht durch den das Schuldrecht beherrschenden Grundsatz der vertragsireinheit (§ 305 BGB). Demnach besteht kein Typenzwang, sondern der Parteiwille kann gestaltend auf die Rechtsverhältnisse einwirken. Gegenstand der Untersuchung soll ein Beispiel solcher Entwicklung sein:

Dem gewöhnlichen Tatbestand einer Arbeitsleistung liegt ein Dienst- oder Arbeitsvertrag zugrunde, zwischen demjenigen, der die Dienste leistet und demjenigen, der sie empfängt. ¹⁾ Wer sich Dienste verschaffen will, tritt jedoch nicht immer zum Arbeitenden selbst in vertragliche Bindung. Häufig wendet er sich an Zwischenpersonen, welche meist als selbständige Unternehmer, auf Grund eigener Verträge über Arbeitskräfte verrügen können und nimmt aus deren Hand die Arbeitsleistung der Arbeitenden entgegen. z.B.: Der Inhaber eines Versandhauses schließt mit einem Fabrikanten einen Vertrag ab, wonach sich letzterer verpflichtet, einige ungelernte Arbeiter zu Packarbeiten zur Verfügung zu stellen.

Der Abschluß eines solchen Vertrages enthebt den die Arbeitsleistung Benötigenden (im folgenden "Verschaffungsgläubiger" genannt), von dem Erfordernis, sich

1) S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, a.a.O. S.260 ff.

selbst Arbeitskräfte anzustellen, da die Zwischenperson ("Verschaffungsschuldner") die Arbeitsleistung des Dritten "liefert".

Gegenstand eines solchen Vertrages ist somit nicht die Leistung eigener, sondern die Verschaffung fremder Arbeit. Der Vertragstyp wird deshalb in Rechtsprechung und Rechtslehre überwiegend als "Dienstverschaffungsvertrag" ²⁾ bezeichnet.

Demgegenüber wollen B e i n e ³⁾ und E n d e m a n n ⁴⁾ im Anschluß an H e r s c h e l ⁵⁾ die Bezeichnung "Arbeiterver- oder beschaffungsvertrag" vorziehen. Zur Begründung führen sie aus, daß die Arbeitsleistung nicht von ihrem Träger losgelöst, Gegenstand des Rechtsverkehrs werden könne. Nicht die Arbeitsleistung, sondern der Arbeiter selbst werde dem Verschaffungsgläubiger zur Verfügung gestellt. Die Ansicht ist zwar richtig. Ihr steht aber die Bezeichnung Dienstverschaffung nicht entgegen. Auch im Bürgerlichen Recht, §§ 611 ff., sowie im Arbeitsrecht spricht man nicht etwa von einem "Dienstmannvertrag" oder "Arbeitervertrag", sondern von Dienst- oder Arbeitsvertrag und nimmt trotzdem an, daß sich der "Arbeitnehmer mit seinem Können und Wollen bereitstelle und daß seine Persönlichkeit entscheidend am Vertragsverhältnis beteiligt sei". ⁶⁾

2) RG 6,99; 82,427; 98,328; 131,67; OLG 3,22; Hamburg 12,60 Karlsruhe; 12,270 Naumburg; RGR Komm. a.a.O. § 611 Anm.2; S t a u d i n g e r - N i p p e r d e y - M o h n e n, a.a.O. Vorbem.274 vor § 611 BGB; H u e c k N i p p e r d e y a.a.O. Band I § 54,4; N i k i s c h, Lehrbuch, Band I S.215 ff.; S c h n o r r von C a r o l s f e l d a.a.O. S.24. Das Bayer.Ob.LG sprach von "Dienstbeschaffungsvertrag" vergl. SeuffArch Band 56 Nr.221 S.395.

3) B e i n e, Dissertation, S. 79 ff.

4) BB 1951 S.786.

5) JW 1937 S. 1116.

6) So S c h n o r r von C a r o l s f e l d a.a.O. S.161.

Man wird trotzdem nicht zu der Annahme verleitet, die Arbeit von ihrem Träger losgelöst, als Gegenstand des Rechtsverkehrs zu betrachten. Die Bezeichnung Dienstverschaffung lehnt sich somit an die gesetzliche Terminologie an und soll deshalb beibehalten werden. Dies umso mehr, als die anderen Vorschläge ⁷⁾ zu Verwechslungen mit Makler- und Stellenvermittlerverträgen Anlaß geben können. Hier ist eine saubere Unterscheidung angebracht.

Partner des Dienstverschaffungsvertrages sind regelmäßig nur zwei Personen, der Verschaffungsschuldner und der Verschaffungsgläubiger. Da sich jedoch der Vertragsinhalt auf die Arbeitsleistung einer dritten Person bezieht, muß dieselbe dergestalt in Rechtsbeziehungen zum Verschaffungsschuldner treten, daß es diesem ermöglicht wird über die Arbeitskraft zugunsten des Verschaffungsgläubigers zu verfügen. Bei dem oben erwähnten Beispiel besteht zwischen Verschaffungsschuldner und Drittem ein Arbeitsvertrag. Auf der anderen Seite steht im Erfüllungszustand des Dienstverschaffungsvertrages der Dritte dem Verschaffungsgläubiger zur Arbeitsleistung zur Verfügung, so daß diesem Direktionsbefugnisse zustehen ⁸⁾.

Somit entstehen Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten des Dienstverschaffungsvertrages einerseits und zwischen dem Verschaffungsschuldner, bzw. dem Verschaffungsgläubiger und dem Dritten andererseits. Die Summe dieser in sich zusammenhängenden Rechtsbeziehungen ergibt ein merkwürdiges Dreiecksverhältnis,

7) H o f r i c h t e r, a.a.O. S. 198 schlägt die Bezeichnung "Arbeiterüberlassungsvertrag" vor.

8) M o l i t o r, Geteiltes Weisungsrecht, DB 1960 S.29 III.

welches als "Dienstverschaffungsverhältnis" Gegenstand der Abhandlung ist.

B) Wirtschaftliche Bedeutung.

§ 2. Vorkommen im Leben.

Dienstverschaffungsverhältnisse gibt es in allen Zweigen des täglichen Lebens, sowie in fast sämtlichen Sparten der Industrie und Wirtschaft, z.B.:

Im Haushalt:

Eine Hausfrau hat eine Hausgehilfin angestellt, die sie wegen ihres zu kleinen Haushalts nicht voll beschäftigen kann. Sie stellt das Mädchen gegen Entgelt einem anderen Haushalt stundenweise zur Verfügung.

In München gibt es ein privat geleitetes Heim für Mütter unehelicher Kinder. Die Inhaberin tritt mit Haushaltungen in Verbindung und "leiht" die Frauen dorthin zur Verrichtung von Hausarbeiten aus, während die Kinder von den zurückgebliebenen Heimbewohnerinnen versorgt werden. ⁹⁾

Im Krankenhauswesen:

Einem Gastarzt, der in einer fremden Klinik operiert, wird von dem Krankenhausträger gegen Entgelt Operationspersonal, z.B. Narkotiseur und OP-Schwester gestellt. ¹⁰⁾

Ein angestellter Chefarzt erhält von seinem Arbeitgeber die Befugnis, die ihm unterstellte medizinisch-technische Assistentin auch für seine Privatpraxis zu verwenden.

Im Hotel:

Ein Hotelgast auf Geschäftsreise benötigt eine Stenotypistin. Der Hotelbesitzer verschafft ihm gegen Entgelt die Dienste einer Hotelsekretärin. Vielfach sind in großen Hotels Sekretärinnen überwiegend zu diesem Zweck angestellt.

Im Film- und Theaterwesen:

Die einzelnen Schauspieler wurden früher oftmals ihrer Rolleneignung entsprechend, jeweils nur für einen Film oder ein

9) Eine Stellungnahme zu dem unschönen, aber allgemein verwendeten Ausdruck "Leiharbeitsverhältnis" erfolgt unten III Hauptteil, S.50.

10) Vgl.: v. R a m d o h r , NJW 1959 S.2296 ff.

Theaterstück engagiert. Heute werden geeignete Kräfte im Filmwesen, insbesondere erfolgversprechende Nachwuchsschauspieler durch langfristige Verträge an die Produktionsgesellschaften gebunden. Bei einem vorübergehenden Beschäftigungsmangel werden sie anderen Filmgesellschaften auf Zeit angeboten. Dieser im anglo-amerikanischen Rechtskreis "farm out" genannte Vorgang findet sich auch häufig im Theater- und Konzertwesen. So kann eine Musikdirektion den von ihr angestellten Dirigenten z.B. für eine Festspielwoche einem anderen Veranstaltungsunternehmen zur Verfügung stellen.¹¹⁾ In neuerer Zeit stellen Filmproduzenten ihre Ateliers mit Bedienungspersonal an Fernsehunternehmen zur Verfügung. Manche Schauspieler und Artisten treten mit den Veranstaltungsleitungen nicht unmittelbar in Verbindung, vielmehr stehen sie in einem Vertragsverhältnis zu einem sogen. Impresario¹²⁾, der sich seinerseits verpflichtet gegenüber einer Veranstaltungsleitung, daß der Künstler auftritt. Ähnliche Erscheinungen befinden sich auch im Berufssport, der unter amerikanischem Einfluß bereits als "Arbeit" im Sinne des Arbeitsrechts aufgefaßt wird. So schließen Berufsboxer selten mit dem Veranstalter selbst ab, sondern überlassen dies dem "Promoter", der unter Übernahme des Geschäftsrisikos eine ähnliche Stellung wie der Impresario einnimmt.

In der Montanindustrie:

Sehr häufig kommen Dienstverschaffungsverhältnisse in der Montanindustrie vor. Die Arbeitnehmer werden dort von einem Unternehmen an andere "ausgeliehen" und verwendet zum Abteufen von Schächten, für Gesteins- und Abbauarbeiten, zu Verlade- und Platzarbeiten, in der Holz- und Lampenwirtschaft, für Arbeiten am Leseband und auf der Hängebank; sowie im Braunkohlenbergbau für Spezialarbeiten und kurzfristige Arbeiten,

11) Vgl. Diensta g, NZArbR 1929 S.466; K u t z e r, a.a.O. S.75; K i e p e n h a u s e n, a.a.O. S.16.

12) S t a d e l m a n n, a.a.O. S.11 ff., R u d a t, a.a.O. S. 5 ff.

Geleisebauten, Planierungsarbeiten in Bruchfeldern, Bohrungen, Bau von Klärteichen und Wasserversorgungsanlagen, Hoch- und Tiefbauten, Elektrifizierung von Bahnen und Verlegung von elektrischen Anlagen. ¹³⁾

Als letztes sei noch eine sehr charakteristische Erscheinungsform erwähnt, nämlich im Verkehrswesen. So werden in der Binnen- und Hochseeschifffahrt Schiffe mit ihrem Bedienungspersonal ¹⁴⁾, neuerdings auch im Luftverkehr Flugzeuge mit Besatzung "vermietet". ¹⁵⁾¹⁶⁾

Aus den erwähnten Beispielen lassen sich die wirtschaftlichen Gründe, die zum Entstehen von Dienstverschaffungsverhältnissen führen, ableiten. Die Impulse können von allen daran Beteiligten ausgehen.

Zeiten der Hochkonjunktur bei einzelnen Wirtschaftszweigen sind regelmäßig von einem Mangel an Arbeitskräften begleitet. Der einzelne Unternehmer ist deshalb bestrebt möglichst viele Arbeitskräfte seinem Betrieb zu sichern. Bei vorübergehendem Stoßbedarf im Saisongeschäft, ist er gezwungen, sich von anderen Unternehmern Arbeitskräfte zu beschaffen. Deshalb sind gerade in der Bauindustrie und im Hafengewerbe Dienstverschaffungsverhältnisse besonders häufig anzutreffen. ¹⁷⁾

Umgekehrt können plötzlich auftretende Betriebsstörungen, Ausbleiben von Rohstoffen, Streik und dergl. den Arbeitgeber

-
- 13) Z i g a n, AP 51 Nr.77 S.281; B o b r o w s k i - G a u l a.a.O. a.a.O. S.51; T r i e s c h m a n n DB 1956 a.a.O. weitere Beispiele bei B e i n e, Dissertation S.3 ff.
- 14) Vgl. RG 25,100; 48,91; 82,427; 98,328; 69,127; neuerdings Schl.Holst.OLG in DRspr.I 138 Bl.65; V o r t i s c h - Z s c h u c k e, a.a.O. S.21 ff; W ü s t e n d ö r f e r, Neuzeitliches Seehandelsrecht S.115 ff, 228 ff; ders. in E h r e n b e r g 's Handbuch des handelsrechts S.295 ff; K o e n i g s, a.a.O. S.17 f.
- 15) H ü r z e l e r, a.a.O. S.3 ff; 8 ff.
- 16) Ähnliche Tatbestände behandeln OLG Braunschweig 8.11.1955 NdsRpfl 56 S.76; OLG Frankfurt 20.5.1954 NJW 54 S.1731; BGH 15.1.1957 NJW 1957 S.465; vgl. auch OLG(Hamburg)7,471; RG Seuff Arch 58 S.168; RG LZ 16 S.235; RG GruchArch 61 S.633; S e n c k p i e h l, a.a.O. S.2 ff.
- 17) BGH 4.11.1953, BB 1954 S.143 = JZ 1954 S.257 = NJW 1954 S.505, n o f r i c h t e r, a.a.O. S.33; M a r x, ArbR 1929 S.348.

bis zur Behebung der Störung oder Besserung der Auftragslage zwingen, Arbeitnehmer vorübergehend an andere Betriebe abzugeben.

Somit sind Dienstverschaffungsverhältnisse notwendig zum Austausch vorhandener Arbeitskräfte von Betrieb zu Betrieb in Fällen unterschiedlicher wirtschaftlicher Anspannung. ¹⁸⁾ Dienstverschaffungsverträge werden häufig dann abgeschlossen, wenn das Eingehen eines Dienst- oder Arbeitsvertrages für den Verschaffungsgläubiger zu zeitraubend und kostspielig wäre. So würde für den Hotelgast der Aufwand an Zeit für das Ausfindigmachen einer geeigneten Stenotypistin, sowie für die Entlohnung, Abführung der Lohnsteuer und der Sozialversicherungsbeiträge unverhältnismäßig groß sein. Er kann sich die Arbeitskraft wesentlich billiger mittels eines Dienstverschaffungsvertrages sichern.

Auch von Seiten desjenigen, der seine Arbeitsleistung anbietet, kann die Anregung zur Eingehung eines Dienstverschaffungsverhältnisses ausgehen.

Der Abschluß des Vertrages ist dann häufig eine Folge der fortschreitenden Arbeitsteilung. Auf diese Weise wird erreicht, daß jede Fähigkeit, ihrer Eigenart entsprechend, voll ausgenutzt werden kann. ¹⁹⁾ So kümmern sich ein großer Schauspieler oder Künstler oder ein beehrter Berufssportler häufig nicht um die geschäftlichen Dinge; sie widmen sich nur ihrem Beruf und überlassen den geschäftlichen Teil einem auf diesem Gebiete versierten Impresario oder Manager. Oft treten sie dabei gar nicht selbst in vertragliche Beziehungen zu den Veranstaltungsleitungen. ²⁰⁾ Dadurch wird zugleich das finanzielle und technische Risiko von dem Ausübenden (Dritten) auf den Impresario als Verschaffungsschuldner abgewälzt. ²¹⁾

Dienstverschaffungsverträge werden auch abgeschlossen, um unterschiedliche tarifliche Arbeitsbedingungen oder das

18) Endemann BB 1951 S.786; Bobrowski - Gaul, a.a.O. S.54; Dienstag, a.a.O. S.468.

19) Weber, a.a.O. S.177.

20) Vgl. OLG (Hamburg) 3,22.

21) So Schöch, a.a.O. S.9.

Lohngefälle zwischen verschiedenen Industriezweigen auszunutzen. So gab es vor allem im rheinisch-westfälischen Steinkohlenrevier und im Ruhrgebiet sogenannte "Gemischtunternehmen", welche als Bauunternehmen getarnt, mit einem billigeren Lohnstarif arbeiten konnten, als die benachbarten Bergwerksbetriebe. Die Inhaber der Gemischtunternehmen stellten ihre Arbeiter zur Verrichtung von dem Bergwerk zuzurechnenden Arbeiten zur Verfügung. Entlohnt wurden die Arbeitnehmer jedoch nach dem Bautarif. Die dadurch erzielte "Ersparnis" kam als Gewinn beiden Unternehmern zugute. 22)

Im Zusammenhang damit hat der englische Journalist S e f - t o n D e l m e r in einer Artikelserie im "Daily Express" u.a. am 4.9.1957 behauptet, es gäbe allein im Ruhrrevier, je nach Saison, zwischen 50 000 und 300 000 solcher Arbeitnehmer, welche auf Grund eines Dienstverschaffungsverhältnisses in fremden Betrieben arbeiteten, nicht nach Tarif bezahlt würden, keinen Kündigungsschutz genössen, kein Weihnachtsgeld bezögen und keinen Urlaubsanspruch hätten. Dieses "Heer von Arbeitersklaven" rekrutiere sich aus Ostzonenflüchtlingen, Studenten, Vorbestraften und entlassenen Arbeitern. In einer Pressekonferenz vom 5.9.1957 hat der Präsident der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung die Ausführungen D e l m e r s als "maßlose, tendenziöse Übertreibungen" zurückgewiesen. Er räumte allerdings ein, daß derartige unzulässige Arbeitsverhältnisse in Höhe von etwa 1/10 der genannten Zahl bestünden.

Am 12. August 1958 teilte die Bundesanstalt mit, daß die Zahl von einem Höchststand von etwa 3 000 auf wenige Hundert zurückgegangen sei. Der Rest würde als Stamarbeiter der "entleihenden" Betriebe übernommen oder es seien werkverträge zwischen der "ausleihenden" Firma und dem "entleihenden" Betrieb über die Tätigkeit der Arbeitnehmer abgeschlossen worden. 23)24)

-
- 22) Vgl. B e i n e, Dissertation, S.22; M o f f r i c h t e r, a.a.O. S.31 ff; E n d e m a n n, a.a.O.
23) Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 14.8.1958
24) Vgl. auch Zeitschrift "Metall" vom 4.9.1957; Nachrichtendienst des DGB Nr.253 vom 9.9.1957; Der Arbeitgeber, Heft 18 vom 20.9.1957; sowie Fachberichte für Soziale Betriebspraxis Heft 6, 1957.

II. Hauptteil

A.

Die Rechtsbeziehungen zwischen Verschaffungs-
schuldner und Verschaffungsgläubiger.

§ 3. Begriffsbestimmung des Dienstverschaffungsvertrages anhand einer Abgrenzung von verwandten Rechtsinstituten.

1. Dienstverschaffung als V e r t r a g.

Dienstverschaffungstatbestände gibt es im privaten und im öffentlichen Recht. Im öffentlichen Recht beruht die Verpflichtung zur Verschaffung meist unmittelbar auf einem Gesetz. So haben die kreisfreien Gemeinden gemäß § 6 d und e der Ausführungsverordnung zum Impfgesetz vom 22. Januar 1940 ²⁵⁾ für den Impftermin außer der Bereitstellung geeigneter Räumlichkeiten, die Entsendung eines Beauftragten der Ortspolizeibehörde und einer geeigneten Schreibhilfe zu veranlassen, welche dann dem staatlichen Gesundheitsamt zur Verfügung stehen. ²⁶⁾

Nach Art 15 Abs. 4 POG kann das staatliche Gericht verlangen, daß ein Beamter der Gemeindepolizei für den Sitzungsdienst zur Verfügung steht. Ähnliche Tatbestände enthalten die Artikel 21, 32 und 47 POG, wonach Polizeidienstkräfte unter bestimmten Voraussetzungen anderen Polizeiträgern zum Zwecke der Ausbildung oder Unterstützung unterstellt werden können.

Aus der in Art 35 GG festgelegten allgemeinen Verpflichtung zur Amtshilfe zwischen Behörden des Bundes und der Länder können ebenfalls Dienstverschaffungstatbestände entstehen. ²⁷⁾

Auch völkerrechtliche Verträge, welche eine Dienstverschaffung beinhalten, sind denkbar; z.B. aufgrund der Art 2 Abs. 5 und Abs. 7 der Satzung der Vereinten Nationen

25) RGBl I S. 214.

26) Auch im übertragenen Wirkungskreis handeln die Gemeinden im eigenen Namen. (Art 8 GO)

27) Dreher, a.a.O. S. 25 ff; vgl. auch Schanower von Carolisfeld, a.a.O. S. 7 betr. Str. Vollz. VO.

stellt ein Mitgliedsstaat den VN als Völkerrechtssubjekt Truppen zur Verfügung, welche unter dem Befehl der Vereinten Nationen für deren Zwecke eingesetzt werden. Da die Vereinten Nationen keine eigenen Truppenkontingente ständig unterhalten, können sie nur durch die Gestellung fremder Truppen ihren satzungsgemäßen Zweck erfüllen.

Die geschilderten Fälle werden der Vollständigkeit halber erwähnt. Ihre Miteinbeziehung würde jedoch den Rahmen einer im wesentlichen privatrechtlichen Dissertation sprengen. Es wird deshalb folgende Abgrenzung vorgenommen:

Dienstverschaffungstatbestände im Sinne dieser Abhandlung beruhen auf s c h u l d r e c h t l i c h e n V e r t r ä g e n. Sie bestehen also in einer rechtsgeschäftlichen Bindung von Person zu Person auf dem Boden der Gleichordnung.

2. Der Begriff der D i e n s t e.

Die Worte "Dienst" und "Arbeit" sind nicht eindeutig. Sie können wohl im Sinne von "Dienststelle", "Arbeitsplatz", als auch von "Dienstleistung" verstanden werden. Von Dienstverschaffung könnte man deshalb nicht nur dann sprechen, wenn die Herbeiführung von Dienstleistungen, sondern die Beschaffung eines Arbeitsplatzes geschuldet wird. Aufgrund der eingangs erwähnten Beispiele ²⁸⁾ soll deshalb der Begriff "Dienste" in der Bedeutung von "Dienstleistung" verwendet werden.

a) Damit ist eine Abgrenzung unseres Vertrages von dem sogen. "Arbeitsplatzverschaffungsvertrag" ²⁹⁾ möglich. Dort verpflichtet sich ein Mittelsmann gegenüber einem Arbeitnehmer, diesem eine, oder nacheinander mehrere Stellen zu verschaffen. Z.B. ein Filmschauspieler räumt einem von der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung zugelassenen Vermittler seine Exklusivvertretung ein. Damit wird der Vermittler gegenüber dem Schauspieler berechtigt und verpflichtet Vertragsabschlüsse mit Filmgesellschaften herbeizuführen. Der Schauspieler

28) Vgl. oben I. hauptteil, B).

29) Der Begriff stammt von H e r s c h e l, JW 1937 S.1115.

verpflichtet sich, die vermittelten Verträge einzugehen, keine selbständigen Verhandlungen zu führen und aus allen Einnahmen einen gewissen Prozentsatz an den Vermittler zu bezahlen. ³⁰⁾ Während der Arbeitsplatzverschaffungsvertrag zwischen dem Arbeitgeber, bzw. einer Mittelsperson und einem Arbeitnehmer abgeschlossen wird, sind am Dienstverschaffungsvertrag nacheinander grundsätzlich zwei Arbeitgeber beteiligt, der ursprüngliche Arbeitgeber oder Verschaffungsschuldner und der "Arbeitgeber auf Zeit", der Verschaffungsgläubiger.

Damit steht gleichzeitig ein weiteres Merkmal des Dienstverschaffungsvertrages fest:

Der Dritte, als Arbeitnehmer ist niemals Vertragspartner unseres Vertrages.

- b) Kein Dienstverschaffungsvertrag ist deshalb die Vereinbarung zwischen Verschaffungsschuldner und Drittem, wonach letzterer verspricht seine Arbeitskraft dem Verschaffungsgläubiger zur Verfügung zu stellen. ³¹⁾

Z.B. ein Ehemann, der von seiner kranken Frau getrennt lebt, vereinbart mit einer Hausgehilfin, daß diese bei der Ehefrau arbeite. ³²⁾

Anderer Ansicht scheint das Landesarbeitsgericht Bremen zu sein, welches annimmt, daß ein Dienstverschaffungsvertrag nur dann nicht vorliege, wenn ein Arbeitsvertrag zwischen Verschaffungsschuldner und Drittem bestehe, damit also die Möglichkeit eines Dienstverschaffungsvertrages bei nicht Vorliegen des Ausnahmetatbestandes annimmt. ³³⁾

hier liegt jedoch kein Dienstverschaffungsvertrag vor, sondern ein Arbeitsvertrag zugunsten eines Dritten. ³⁴⁾

- c) Zu betonen ist weiterhin, daß der Begriff der "Dienste" nicht nur in dem engen Sinn des Dienstvertragstitels des BGB zu verstehen ist. Er umfaßt auch die Leistung unselbstständiger Arbeit, wie sie auf Grund eines Arbeitsvertrages geschuldet wird.

30) Vgl. das nicht veröffentlichte Urteil des LG München I AZ 8 O 259/56.

31) Molitor-Hueck-Riezler, a.a.O. S.59

32) Vgl. LAG Mannheim 29.11.1951, AP 1953 Nr.223

33) Urt.v.16.1.1952, AP 1953 Nr.121 m.zust.Anm.v.Hueck

34) Ebenso Molitor-Hueck-Riezler a.a.O.S.59

Jede Tätigkeit, die Gegenstand eines Dienst- oder Arbeitsvertrages sein kann, kann deshalb auch Inhalt eines Dienstverschaffungsvertrages werden. ³⁵⁾

- d) Damit scheidet die Verschaffung von Leistungen im Rahmen eines **W e r k v e r t r a g e s** aus dem Kreise unserer Betrachtungen aus. ³⁶⁾

Die Abgrenzung ist nicht immer einfach. ³⁷⁾ Die entscheidende Frage lautet: Welcher Vertrag würde vorliegen, wenn der Vertragsschuldner die von dem Dritten zu erbringende Leistung selbst bewirken müßte?

35) Von **E n d e m a n n**, BB 1951 S.786 wurde deshalb die Bezeichnung "Arbeitsverschaffungsvertrag" vorgeschlagen; Da jedoch der Sprachgebrauch dem Begriff "Arbeit" noch mehr die Bedeutung von "Arbeitsplatz" beimißt, erscheint gegenüber dem an sich folgerichtigen Vorschlag doch die Beibehaltung der Bezeichnung "Dienstverschaffung" angebracht. Auch rechtssprechung und rechtslehre haben fast ausschließlich diese Bezeichnung verwendet; vgl. oben Anm.2, sowie **G r a m s e**, **M u n d h e n k**, **S c h o c h** a.a.O.

36) Anderer Ansicht **S c h o c h**, a.a.O. S.13, der unter Berufung auf die überholte Definition der "Arbeit" von **L o t m a r**, a.a.O. Bd.I S.54 auch Werkleistungen mit einbeziehen möchte. Demnach sei "Arbeit" als möglicher Inhalt eines "Arbeitsvertrages" jede Tätigkeit eines Menschen, "die ein fremdes Bedürfnis zu befriedigen vermag und welche erfahrungsgemäß irgend wann oder wo gegen Entgelt angeboten wird".(S.72). Die Folge dieser Ansicht wäre, daß fast jeder Vertrag, der eine irgend wie geartete Tätigkeit zum Gegenstand hat, bei Dritterfüllung zur Dienstverschaffung würde und dadurch würden, wegen ihrer voneinander abweichenden Interessenlage, verschieden zu beurteilende Tatbestände unter denselben Begriff fallen und inn für eine brauchbare Abgrenzung ungeeignet machen.

37) Auf die dabei auftretenden Schwierigkeiten weist insbesondere **S c h n o r r** von **C a r o l s f e l d** a.a.O. S.9,10 hin

Läge dann ein Werkvertrag vor, so wäre gleichzeitig die Möglichkeit der Annahme einer Dienstverschaffung ausgeschlossen. Wäre dagegen entweder ein Dienst- oder ein Arbeitsvertrag gegeben, so konnte Dienstverschaffung angenommen werden.

Es wird also erforderlich eine Abgrenzung zwischen Dienst- und Arbeitsvertrag einerseits und Werkvertrag andererseits vorzunehmen.

Letzterer ist auf einen bestimmten, vertragsmäßig festgelegten **E r f o l g**, das "Werk", gerichtet, während bei ersterem nur das Leisten von Arbeit, ein "Wirken" geschuldet wird. 38)

Entscheidend dabei ist nicht die Benennung des Vertrages durch die Parteien, sondern sein typischer Inhalt. So hielt das **R e i c h s a r b e i t s g e r i c h t** in dem bekannten "Kurkapellenfall" nicht die vertragliche Wendung "Lieferung von Kurmusik" für maßgebend, sondern stellte auf die Art der Tätigkeit und den Umfang der Haftung dafür ab. Da die Darbietungen der Musiker nicht als "vorbereitetes und abgeschlossenes Ganzes" geboten wurden, sondern während eines längeren Zeitraumes in einer Summe von Einzelauftritten bestanden, nahm das Gericht das Vorliegen eines Dienstvertrages an. 39)

Deshalb konnte das **L A G F r e i b u r g** in einem ähnlich gelagerten Fall von einer Dienstverschaffung bezüglich der Leistungen der einzelnen Musiker durch den Kapellmeister ausgehen. 40)

Weitere Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Werkvertrages sind gegeben, wenn der Unternehmer die Arbeiten auf eigene Rechnung und Risiko, sowie unter seiner alleinigen Anleitung vornimmt und wenn eine Pauschalvergütung anstelle eines Stundenlohnes gegeben wird. 41)

38) Vgl. **S c h n o r r** von **C a r o l s f e l d** a.a.O. S.23, mit weiteren Schrifttumshinweisen; **M o l l i t o r**, Das Wesen des Arbeitsvertrages, S.35 ff. und 55 ff.57.

39) **R A G E** Bd.9 S.355 ff; vgl. auch **R A G** in **AS** 34 S.306, sowie auch die Unterscheidung bei **M o l l i t o r**, Wesen, in "Erfolgvertrag" und "Tätigkeitsvertrag", wobei letzterer in Abgrenzung zum Werkvertrag, auch die selbständigen Dienstverträge umfaßt.

40) **AS** Bd.15 S.123 ff., mit zust.Ann. von **H u e** a.a.O. S.23.

41) Vgl. **S c h n o r r** von **C a r o l s f e l d**, a.a.O. S.23.

e) Für das Gebiet des S e e r e c h t s ist eine Abgrenzung zwischen Frachtverträgen und den ^{mtt} Dienstverschaffung kombinierten Schiffsmietverträgen vorzunehmen. 42)

Dabei sind zunächst der Raumfracht- und der Stückgutfrachtvertrag auseinanderzuhalten. (§§ 556 Nr.1 und 2 HGB).

Bei ersterem wird die Beförderungsleistung nach dem benötigten Raum bemessen, bei letzterem bezieht sich der Vertrag auf einzelne zu befördernde Gegenstände. Beides sind jedoch Frachtverträge und damit zugleich Werkverträge im Sinne von § 631 BGB. 43)

Demgegenüber steht die sogenannte Zeitcharter. Sie beinhaltet die zeitweilige Überlassung eines Schiffes samt Mannschaft gegen Entgelt an einen anderen Beförderungsunternehmer. 44) Schiff und Mannschaft werden dabei unter der Leitung des Charterers für dessen eigene Transporte verwendet. 45)

" D i e n s t e ", welche im Sinne dieser Abhandlung verschafft werden, sind somit Dienstleistungen sowohl höherer Art, wie die Tätigkeit eines Arztes oder Restaurateurs, als auch abhängige Arbeit, mit Ausnahme von Tätigkeiten, welche im Rahmen eines Werkvertrages durch Dritte erbracht werden. 46)

42) Diese aus dem englischen Seerecht stammende Vertragsform wird auch time-charter genannt: "Captain and crew, although appointed by the owner, shall be under the order and direction of the charterer, as regards employment, agency, and other arrangements." (J a n s s e n, a.a.O. S.18)

43) W ü s t e n d ö r f e r, Seehandelsrecht, S.228; J a n s s e n, a.a.O. S.1; zur Unterscheidung vom Unterfrachtvertrag vgl. RG 69,129, sowie AR - Blattei, Blattreihe Rechtsprechung, Nr.223.

44) Der Zeitchartervertrag ist nicht zu verwechseln mit dem Ausrüsterverhältnis, (§ 510 Abs.1 HGB), bei welchem der Mieter des Schiffes die Mannschaft entweder ganz oder teilweise selbst einstellt und ihr die Führung des Schiffes anvertraut; vgl. RG 25,109; 56,361; 69,129; sowie W ü s t e n d ö r f e r, Seehandelsrecht, S.115; V o r t i s c h - Z s c h u c k e, a.a.O. S.25.

45) W ü s t e n d ö r f e r, Seehandelsrecht, S.116.

46) Vgl. RG JW 1915 S.916; RG HRR 1932 S.1831; BGH Bd.I S.383.

3. Der Begriff der V e r s c h a f f u n g .

a. Die V e r s c h a f f u n g von Diensten ist zu unterscheiden von der L e i s t u n g derselben. Im letzteren Fall wird der Schuldner verpflichtet grundsätzlich seine eigene, im ersteren die Arbeitskraft einer anderen Person zur Verfügung zu stellen. Dadurch ergibt sich eine Abgrenzungsmöglichkeit unseres Vertrages zum Dienst- und Arbeitsvertrag, welche die Erbringung eigener, persönlicher Dienstleistungen beinhalten. ⁴⁷⁾

b. Unterscheidung vom M ä k l e r v e r t r a g und ähnlichen Rechtsverhältnissen.

Dienstverschaffung bedeutet unmittelbare Zurverfügungstellung der Arbeitsleistung eines Dritten. Beim Maklervertrag wird dagegen entweder für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder für die Vermittlung eines Vertrages ein Lohn versprochen (§ 651 BGB).

Die Rechtslehre unterscheidet zwei Erscheinungsformen, den einseitig- und den zweiseitig verpflichtenden Maklervertrag.⁴⁸⁾ Unterscheidungsmerkmal ist, ob der Makler gegenüber dem Auftraggeber zum Tätigwerden nur berechtigt oder auch verpflichtet ist. ⁴⁹⁾

Bei einer vergleichweisen Gegenüberstellung mit dem Dienstverschaffungsvertrag käme dem Verschaffungsschuldner die Stellung des Maklers und dem Verschaffungsgläubiger die des Auftraggebers zu.

S t a u d i n g e r - N i p p e r d e y - M o h n e n ⁵⁰⁾ sind ohne eine Begründung anzugeben der Ansicht, daß der Dienstverschaffungsvertrag "gegebenenfalls" maklervertrag sein könne. Derselben Ansicht sind S c h o c h ⁵¹⁾, M ü c k - l e y ⁵²⁾ und G r a m s e ⁵³⁾, welche in den Stellenver-

47) S c h n o r r von C a r o l s f e l d, a.a.O. S.24 1.a.

48) E n n e c c e r u s - L e h m a n n, a.a.O. §157, I, 1a u.b.

49) E n n e c c e r u s - L e h m a n n, a.a.O. b

50) a.a.O. § 613 Anm. II, 5.

51) a.a.O. S.36.

52) a.a.O. S.19.

53) a.a.O. S.4 ff.

mittler- und Mäklerverträgen Dienstverschaffungsverträge "im weiteren Sinne" sehen möchten. Der Begründung M ü c k l e y ' s, wonach der Begriff des Dienstverschaffungsvertrages kein spezifisch juristischer sei, sondern ihm "ein starker Einschlag wirtschaftlichen Gehalts innewohne", muß widersprochen werden. Schon seiner Entstehungsgeschichte nach ist der Begriff rein juristischer Natur, da er im Anschluß an § 613 Satz 1 BGB als Ausnahmetatbestand eine Abgrenzung zu der persönlichen Verpflichtung zur Leistung von Diensten bringen sollte.⁵⁴⁾ In diesem Sinne wurde der Begriff auch in der Folgezeit von den Gerichten angewandt. Im übrigen ist es nicht aufgegeben gemeinsame wirtschaftliche Tatbestände zu beschreiben, sondern die rechtlichen Unterscheidungsmerkmale von Lebenstatbeständen herauszuarbeiten.

Wenn M ü c k l e y die zweiseitig verpflichtenden Mäklerverträge zu den Dienstverschaffungsverträgen rechnet, so müßte er auch folgerichtig das Annoncengeschäft der Zeitungen bei Stellenanzeigen, die Erteilung eines Rates, wo ein Arbeitnehmer zu finden sei und insbesondere die arbeitsvermittelnde Tätigkeit der Arbeitsämter darunter subsumieren, denn damit wird derselbe wirtschaftliche Zweck, die Zusammenführung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, verfolgt. Das lehnt er jedoch übereinstimmend mit S c h o c h a b⁵⁵⁾

54) Das BGB enthält in seiner jetzigen Fassung keine klare Abgrenzung, da es in § 611 den Dienstvertrag mit einem "Dienste-Leisten" definiert, in § 613 Satz 1 jedoch unter Beibehaltung des Begriffes eine Ausnahme von der persönlichen Leistungspflicht zuläßt. Demgegenüber sah der erste Entwurf in § 348 Abs. II eine klare Unterscheidung vor, welche jedoch im Hinblick auf die Vertragsfreiheit wieder beseitigt wurde. Vgl. Protokolle Bd. II S. 916; Motive, Bd. II S. 456, M o l l i t o r - h u e c k - R i e z l e r, S. 59.

55) M ü c k l e y, a.a.O. S. 19; S c h o c h a b, a.a.O. S. 12, der darauf abstellt, daß die Tätigkeit des Verschaffungsschuldners nicht nur objektiv kausal war, sondern daß die Arbeitsleistung des Dritten auch subjektiv gewollt war. Dem ist entgegenzuhalten, daß auch die Tageszeitung, die das Inserat aufnimmt und das Arbeitsamt den Erfolg der Tätigkeit wünschen werden.

Vergleicht man beide Vertragstypen, so unterscheidet sich der einseitig verpflichtende Maklervertrag schon dadurch vom Dienstverschaffungsvertrag, daß bei letzterem eine, wie auch immer geartete Verpflichtung des Verschaffungsschuldners zum Tätigwerden entsteht, während bei ersterem das Tätigwerden des Maklers nur eine Bedingung des Lohnanspruches ist. ⁵⁶⁾

Darüber hinaus weichen beide Arten von Maklerverträgen von unserem Vertrag in ihrem Leistungsinhalt voneinander ab. Die Verpflichtung des Maklers erschöpft sich jedenfalls in dem Vermitteln oder Zustandebringen eines Arbeitsvertrages zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Danach steht dem Auftraggeber ein eigener Anspruch gegen den Arbeitnehmer auf dessen Arbeitsleistung zu. Ein Anspruch des Auftraggebers gegen den Makler, daß der Arbeitnehmer Arbeit leiste, entsteht nicht. Im Rechtssinne verschafft somit nicht der Makler dem Auftraggeber die Dienste des Arbeiters, sondern er verschafft ihm lediglich den Abschluß eines Dienstvertrages. Die Dienstleistungen des Arbeitnehmers verschafft sich der Auftraggeber selbst, indem er auf Erfüllung seines Arbeitsvertrages mit dem Arbeitnehmer besteht.

Der Verschaffungsschuldner dagegen vermittelt dem Verschaffungsgläubiger keinen Arbeitsvertrag. Das soll nach dem Willen der Vertragspartner gerade vermieden werden. Vielmehr "liefert" der Verschaffungsschuldner dem -Gläubiger unmittelbar die Arbeitsleistung des Dritten, über welche er aus seinem Innenverhältnis zum Dritten verfügen kann.

Um jegliche künftigen Verwechslungen zu vermeiden, soll die Unterscheidung auch auf die übrigen Rechtsbeziehungen innerhalb des Dienstverschaffungsverhältnisses ausgedehnt werden.:

56) E n n e c c e r u s - L e h m a n n, a.a.O. § 157, I, 1, b; vgl. auch G r a n d, a.a.O. S.18, der darauf abstellt, ob zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Dienstvertrags- oder aber ein Auftragsverhältnis besteht; im ersteren Fall schließt er das Vorliegen eines Dienstverschaffungsvertrages aus.

- aa) Das Verhältnis zwischen Auftraggeber des Maklers und Arbeitnehmer, bzw. Verschaffungsgläubiger und Drittem: Im ersten Fall liegen zeitlich hintereinander zwei Verträge vor, der Maklervertrag und der Arbeitsvertrag. Beim Dienstverschaffungsverhältnis entsteht dagegen niemals ein Arbeitsvertrag zwischen Verschaffungsgläubiger und Drittem. 57)
- bb) Die Rechtsbeziehungen zwischen Makler und Arbeitnehmer einerseits, Verschaffungsschuldner und Drittem andererseits:
Der Arbeitnehmer ist dem Stellenvermittler gegenüber nicht zur Arbeitsleistung für sich oder den Auftraggeber verpflichtet, während zwischen Verschaffungsschuldner und Drittem immer Rechtsbeziehungen bestehen, kraft derer der Dritte eine Arbeitsleistung zu erbringen hat. 58)

c. Die Stellvertretungstatbestände.

Aufgrund der zu b., gewonnenen Erkenntnis wird die rechtliche Unterscheidung von einer weiteren Vertragstypen möglich, welche von Gramse wegen ihrer wirtschaftlichen Verwandtschaft unter die Dienstverschaffungstatbestände eingegliedert wird. 59) Als Beispiel möge wiederum der bereits oben dargestellte Fall des Filmmanagers dienen. Hier interessiert das Verhältnis des Managers zu dem Inhaber des Arbeitsplatzes für den Schauspieler. 60) Da sich der Schauspieler in dem Arbeitsplatzverschaffungsvertrag gegenüber dem Manager verpflichtete, das jeweils vermittelte Engagement einzugehen, kann sich der Manager gegenüber der Filmgesellschaft seinerseits verpflichten, entweder den Schauspieler zum Abschluß eines Engagementsvertrages zu bestimmen, oder er kann als bevollmächtigter Vertreter den Vertrag selbst für den Schauspieler abschließen.

57) A.A. Endemann, BB 1951 S.787; vgl. auch LAG Baden 4.11.1949 NJW 1950 S.560.

58) Vgl. unten III. Hauptteil S.69ff.

59) a.a.O. S.3 und 4.

60) Vgl. oben S.5.

Beide Verträge zwischen Manager und Filmgesellschaft liegen ihrem Inhalt nach noch näher am Dienstverschaffungsvertrag, als der gewöhnliche Maklerdienstvertrag. Der Unterschied besteht darin, daß der Manager der Filmgesellschaft einen Vertrag mit dem Schauspieler zu verschaffen hat. Nur insoweit haftet er. Die Erfüllung des Vertrages obliegt allein dem Filmschauspieler. Mit Zustandekommen des Vertrages zwischen Filmgesellschaft und Schauspieler scheidet die Möglichkeit einer Dienstverschaffung seitens des Managers aus, da sich nun die Gesellschaft nur noch an den Schauspieler halten kann.

Aus demselben Grund kann es auch bei den übrigen Tatbeständen der echten Stellvertretung nicht zu einer Dienstverschaffung zwischen Stellvertreter und Vertragspartner des Vertretenen kommen. 61)

Desweiteren ist der Dienstverschaffungsvertrag von denjenigen Erscheinungsformen der S u b s t i t u t i o n zu unterscheiden bei welchen der Schuldner den zu erfüllenden Vertrag an einen anderen als ganzes "weitergibt", sodaß er selbst aus dem Vertragsverhältnis ausscheidet, während der andere an seine Stelle tritt.

61) S c h o c h a.a.O. S.14,15, ebenso wie M u n d h e n k, a.a.O. S.31 und G r a m s e, a.a.O. S.4 lehnen hier ebenfalls das Vorliegen eines Dienstverschaffungsvertrages ab. Das erscheint jedoch unkonsequent, nachdem sie die Maklertatbestände mit einbeziehen möchten. Der Begründung kann nicht gefolgt werden. Die Genannten gehen davon aus, daß am Dienstverschaffungsverhältnis immer drei Personen "im Rechtssinne" beteiligt sein müßten. Weil jedoch bei der Stellvertretung Vertreter und Vertretener als eine Person gelten, schließen sie Dienstverschaffung aus; sie übersehen dabei jedoch, daß § 164 Abs.1 Satz 1 BGB nur im Verhältnis des Vertretenen zu seinem Geschäftspartner gilt, daneben aber im Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem durchaus Rechtsbeziehungen bestehen können.

Z.B. ein leitender Angestellter, der durch langfristigen Vertrag gebunden ist, möchte aus seiner Arbeitgeberfirma vorzeitig ausscheiden. Der Arbeitgeber ist damit einverstanden, unter der Bedingung, daß der Angestellte eine gleichwertige Arbeitskraft beschafft. Auch hier stellt der Substitutionspflichtige nicht die Arbeitsleistung der neuen Arbeitskraft zur Verfügung, sondern er verschafft einen Arbeitsvertrag mit derselben. Die Rechtslage ähnelt derjenigen beim einseitig-verpflichtenden Maklervertrag, mit dem Unterschied, daß statt eines Maklerlohnes die Befreiung aus einem Schuldverhältnis gewährt wird. ⁶²⁾

- d. Ebenfalls liegt kein Dienstverschaffungsvertrag vor, wenn z.B. der Unternehmer A seinen ganzen Betrieb, ohne ihn stillzulegen, als "lebenden Organismus" an den Unternehmer B veräußert. Hier soll regelmäßig der Betrieb als Ganzes aufrechterhalten bleiben. Es wird deshalb auch dem Willen der bisherigen Partner des Arbeitsvertrages entsprechen, daß das Arbeitsverhältnis keine Änderung erfährt. Es ist somit anzunehmen, daß mit Einverständnis der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis auf den Betriebserwerber übertragen wird, sodaß dieser neuer Partner des Arbeitsvertrages ist. ⁶³⁾

-
- 62) A.A. scheinen M o l i t o r - H u e c k - R i e z l e r, a.a.O. S.59 zu sein, welche hier das Vorliegen eines Arbeitsvertrages "mit Lösebefugnis durch einen Dienstverschaffungsvertrag" annehmen. Damit würden sie aber die Stellenvermittlertatbestände wieder hereinbringen, was sie auf S.59 oben ausdrücklich ablehnen; vgl. auch LAG B a d e n, NJW 1950 S.560; vgl. auch G r a n d, a.a.O. S.53.
- 63) So S c h n o r r von C a r o l s f e l d, a.a.O. S.299 unter Hinweis auf das Bestandschutzprinzip, und weiteren Schrifttumsnachweisen; im Ergebnis ebenso B ö t t i c h e r, a.a.O. S.14, der den Übergang des Arbeitsverhältnisses nach einer Analogie zu den §§ 571 BGB, 1 Abs.4 Mieterschutzgesetz konstruiert; vgl. hierzu insbes. auch G r e l l, a.a.O. S.64, III 1, der bei seiner Abgrenzung von den schuldrechtlichen Rechtsverhältnissen den Dienstverschaffungsvertrag allerdings nicht erwähnt.

4., Der Begriff der Dienstverschaffung.

Kennzeichen der unselbstständigen Dienstleistung im Sinne des Dienstvertragstitels des BGB ist das Merkmal der Weisungsgebundenheit des Dienstpflichtigen gegenüber dem Dienstberechtigten. Da beim Dienstverschaffungsvertrag nicht der Schuldner selbst, sondern der Dritte die Arbeitsleistung erbringt, muß dem Verschaffungsgläubiger gegenüber dem Arbeitenden die Ausübungsbefugnis für das Weisungsrecht zustehen.

Nicht jede Ausübung eines von einem anderen abgeleiteten Direktionsrechts setzt jedoch einen Dienstverschaffungsvertrag zwischen Ausübendem und demjenigen, von dem die Befugnis abgeleitet wird, voraus:

In dem oben erwähnten Beispiel ⁶⁴⁾ übte der angestellte Chefarzt das Weisungsrecht über die medizinisch-technische Assistentin aus und zwar sowohl in Bezug auf Arbeiten, welche funktionell zum Klinikbereich gehören, als auch für Tätigkeiten, welche in der Privatpraxis anfallen.

Verpflichtende Weisungen können nur von geschäftsfähigen, natürlichen Personen erteilt werden. ⁶⁵⁾ Deshalb ist bei juristischen Personen Träger des Weisungsrechts zwar der "abstrakte", Ausübender jedoch der "konkrete" Arbeitgeber. ⁶⁶⁾ Ein ähnlicher Tatbestand ist gegeben, wenn in größeren Betrieben das Weisungsrecht von dem Inhaber an leitende Angestellte "delegiert" wird. ⁶⁷⁾

Im vorliegenden Beispiel ist abstrakter Arbeitgeber die Klinikverwaltung; der Chefarzt ist konkreter Arbeitgeber. Er ist deshalb Repräsentant und Stellvertreter des Krankenhausträgers in der Ausübung des Direktionsrechts.

64) Vgl. oben S.4.

65) M o l l i t o r, Geteiltes Weisungsrecht, ArbSozR 1960 S.28.

66) T i t z e, a.a.O. Bd.II S.545 ff.

67) M o l l i t o r, wie 65), S.29 III.

Der Krankenhausträger verschafft somit im ersten Fall die Dienste der Assistentin nicht dem Chefarzt, sondern er sichert sie sich selbst, indem er sich des Arztes als Weisungsvertreter bedient. Der Chefarzt ist insoweit Dienstvorgesetzter der Assistentin innerhalb der Betriebs-hierarchie.

Anders, soweit der Arzt die Klinikangestellte für seine eigene Privatpraxis verwenden darf. Hier übt er das abgeleitete Weisungsrecht im eigenen Namen und für seine eigenen unmittelbaren, wirtschaftlichen Interessen aus. Nur in diesem Fall kann von einer Dienstverschaffung gesprochen werden.

Bei der Verschaffung selbstständiger Dienstleistungen tritt das Moment der Weisungsgebundenheit des Dritten in den Hintergrund. Übrig bleibt im wesentlichen die Einräumung der Befugnis zur wirtschaftlichen Verwertung der Arbeitskraft des Dritten.

5., Gemeinsame Merkmale der hier als Dienstverschaffungsvertrag bezeichneten Lebenstatbestände sind somit:

Vertragliche Verpflichtung zur Bereitstellung der Arbeitsleistung eines Dritten dergestalt, daß der Gläubiger unter Ausübung einer gewissen Weisungsbefugnis über die Arbeitskraft für seine eigenen wirtschaftlichen Belange verfügen kann. 68)

68) Zu eng die Definition bei E r m a n - K ü c h e n - h o f f, a.a.O. S.753 Anm.2c; vgl. auch Arbeitsrechtliche Stichworte IX, 154, LAG Frankfurt a.M. 18.6.1952 IV/II LA 324/50 V 498; ungenau M u n d h e n k, a.a.O. S.13, der lediglich vom Wort "Dienstverschaffung" ausgeht; ähnlich wie hier: LAG F r e i b u r g, AS 15, 124.

B.

§ 4. Gliederung der Dienstverschaffungsverträge.

Bisher wurden anhand einer Abgrenzung von wirtschaftlich und rechtlich ähnlich gelagerten Lebenstatbeständen die gemeinsamen Merkmale aller Dienstverschaffungsverträge herausgearbeitet. Nunmehr wird es erforderlich innerhalb der großen Gruppe unseres Vertrages eine Einteilung zu finden.

Dienstverschaffungsleistungen sind entweder der ausschließliche Inhalt unseres Vertrages oder sie stehen in mehr oder minder engem Zusammenhang mit anderen Vertragstypen.⁶⁹⁾ Nach der äußeren Erscheinungsform kann deshalb eine erste Unterteilung in " r e i n e " und " g e m i s c h t e " Dienstverschaffungsverträge vorgenommen werden.

I) Die reinen Dienstverschaffungsverträge.

Eine weitere Unterteilung gewinnt man, wenn man nicht auf die äußere Erscheinungsform, sondern auf den Leistungs-
i n h a l t und die Art und Weise des Leistungs v o l l -
z u g e s abstellt. Die entscheidende Frage lautet: Worin besteht die Verpflichtung des Verschaffungsschuldners und wem ist eine Fehlleistung des Dritten im Verhältnis zu den Partnern unseres Vertrages zuzurechnen.

Zwei Beispiele sollen das Problem verdeutlichen:

- a. Vor einem Umzug bestellt eine Hausfrau bei einem Spediteur einen Packer, damit er ihr beim Einpacken des Porzellans helfe. Dabei gehen aus dem Verschulden des Packers einige wertvolle Fayencen entzwei.
- b. Während der Weihnachtssaison stellt ein Betrieb einem Versandhaus einige seiner Arbeiter zur Verfügung, welche zum Einpacken von Versandware benötigt werden. Aus dem Verschulden dieser Leute entsteht in dem Versandhaus ein Schaden beim Verpacken.

In beiden Fällen verpflichtet sich der Inhaber des Ausgangsbetriebes, daß ein Dritter, außerhalb des Vertrags-

69) Vgl. die Beispiele oben S.13 f. und Anm.42.

verhältnisses Stehender in der Form der Leistung von Packarbeiten unter der Anleitung des Gläubigers tätig wird. Die Hausfrau bestimmt über Zeit und Ort der Tätigkeit des Packers und weist ihn an, welche Gegenstände in welche Behältnisse zu verpacken sind. Der Inhaber des Versandhauses verfügt ebenfalls über die Art und Weise der vorzunehmenden Packarbeiten. In beiden Fällen kommt die Arbeitsleistung des Dritten wirtschaftlich dem Gläubiger des Vertrages zugute. Es liegt somit je ein Dienstverschaffungsvertrag vor. Trotzdem unterscheiden sich die beiden Beispiele nach dem Inhalt ihrer Verpflichtung grundlegend.

Um das klar zu erkennen, ist es erforderlich, auf eine zuerst von W i e l a n d erwähnte ⁷⁰⁾ und dann von O e r t m a n n fortentwickelte Lehre ⁷¹⁾ zurückzugreifen:

O e r t m a n n unterscheidet im Anschluß an W i e l a n d in seiner Abhandlung über Verträge auf Handlungen dritter Personen zwei Hauptgruppen, Verträge, gerichtet auf Leistung d u r c h einen Dritten und Verträge auf Leistungen Dritter. ⁷²⁾

zu a) Bei einem Vertrag auf Leistung durch Dritte hat sich der Versprechende selbst zur Erbringung einer bestimmten Leistung verpflichtet. Die Leistung als solche erfolgt aber ganz oder teilweise durch einen Dritten.

Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob der Schuldner sich verpflichtet, sich neben eigener Leistung noch des anderen zu bedienen, oder ob die

70) Wechsel, S.190 ff., u. Arch.ziv.Prax.Bd.95 S.161 ff.

71) a.a.O. S.5.

72) a.a.O. S.8 ff, 18 ff.

geschnuldete Leistung ganz von dem Dritten bewirkt wird. ⁷³⁾
Tatsächlich leistet also der Dritte. Im Rechtssinne dagegen
leistet der Versprechende. Die Leistung macht also rechtlich
betrachtet den "Umweg" über den Versprechenden. ⁷⁴⁾

Somit gilt im Verhältnis zum Versprechensempfänger die Lei-
stung des Dritten als eine solche des Versprechenden. Ohne
die Möglichkeit einer Exkulpation haftet deshalb der Ver-
sprechende für ein Verschulden des Dritten bei Ausführung
der Leistung nach § 278 BGB.

zu b) Anders bei den Verträgen auf Leistung Dritter:

Hier wird die Handlung des Dritten als eine "fremde" ver-
sprochen. "Fremd" sowohl in tatsächlicher, als auch in
rechtlicher Hinsicht. Die herbeizuführende Leistung des
Dritten gilt also im Rechtssinn nicht als Leistung des Ver-
sprechenden. Sie ist vielmehr dem Dritten selbst zuzurech-
nen. Somit haftet der Versprechende zwar für die Herbei-
führung der Leistung des Dritten, nicht aber für ein Ver-
schulden des Dritten in Ausführung derselben.

1. Der "unechte" Dienstverschaffungsvertrag.

a) Vertragsinhalt.

Kehren wir nun zu unserem Beispiel zurück, so schuldet der
Speditionsunternehmer die Erbringung einer Arbeitsleistung
in der Form des Verpackens. Er führt die Arbeit jedoch nicht
selbst aus, sondern läßt seine Verbindlichkeit ganz durch
einen seiner Angestellten erfüllen. Tatsächlich leistet
somit der Packer, rechtlich wird die Arbeitsleistung dem
Spediteur zugerechnet. Es handelt sich somit um einen Vertrag

73) A.A. O e r t m a n n, a.a.O. S.19, der zwischen Erfüllungsge-
hilfen und "Leistungsvertreter" unterscheidet. Der gesetzliche
Begriff des Erfüllungsgehilfen kennt jedoch keine solche Ein-
schränkung. Die Gleichstellung von Erfüllungsgehilfen und
"gesetzlichem Vertreter" in § 278 BGB läßt im Gegenteil darauf
schließen, daß auch selbstständig handelnde Personen Erfül-
lungsgehilfen sein können. In seinem "Arbeitsvertragsrecht"
2.a.S.121 trifft O e r t m a n n diese Unterscheidung aller-
dings nicht mehr.

Im Ergebnis ebenso wie hier B r a n d e n b u r g, a.a.O. S.8;
vgl. auch RG 101,154; 115,162,127,213;

74) Vgl. S c h e t t l e r, a.a.O. S.23.

"auf Leistung durch einen Dritten" wobei der Schuldner für die ordnungsgemäße Leistung der Dienste des Dritten einzustehen hat. Deshalb haftet der Spediteur für schuldhaftes Schlechtleistung des Packers in Ausführung der Dienste nach § 278 BGB. ⁷⁵⁾

- b) Nach der Systematik des BGB ist diese Erscheinungsform des Dienstverschaffungsvertrages, bei welcher unter Abweichung von der gesetzlichen Auslegungsregel des § 613 Satz 1 die Leistung nicht vom Schuldner *p e r s ö n l i c h*, sondern durch einen Dritten erbracht wird, Dienstvertrag. Ihre Mitbeziehung unter den Dienstvertragstitel des BGB erscheint aber unglücklich, denn die Verschaffung von Diensten unterscheidet sich in ihren Rechtsfolgen grundlegend von der Leistung derselben. ⁷⁶⁾

75) Eine ähnliche Rechtslage ist bei dem von *S c h n o r r* von *C a r o l s f e l d*, a.a.O. S.24 geschilderten Fall der Zurverfügungstellung von Putzfrauen durch ein Reinigungsinstitut gegeben; vgl. auch den "Grubenlampenfall" *RG, Nr. 33 Nr. 779*; von derselben Rechtslage geht *D a l b e r g*, a.a.O. S.140 ff. aus, der deshalb wegen der Anwendung von § 278 BGB zu Unrecht von *M u n d h e n k*, a.a.O. S.40, angegriffen wird.

76) § 613 Satz 1 BGB enthält eine Vermischung römisch-rechtlichen und deutsch-rechtlichen Gedankengutes. Im römischen- und im gemeinen Recht wurde die Nutzenanwendung fremder wirtschaftlicher Werte als *locatio conductio* dem Mietrecht zugerechnet. Dabei war es gleichgültig, ob es sich um die Vermietung von Sachgegenständen oder von Personen handelte, denn auch Sklaven unterstanden dem Sachenrecht. Je nachdem sprach man von einer *locatio conductio rei* oder *operis*. Schwierigkeiten bereitete der Fall, daß die Dienste eines Freigelassenen von dem Patron "weitervermietet" wurden. (vgl. *Dig. XXVIII, 1, 23* und *25, S e i d l*, a.a.O. S.73 ff., *D e r n b u r g*, a.a.O. Bd. I S.83 ff. Man half sich dann damit, daß man nicht von einer Vermietung der Person, sondern der Dienstleistung derselben ausging. Jedoch war es auf Grund der *lex Aelia* dem Patron grundsätzlich untersagt, den Freigelassenen durch "Weitervermietung" auszubeuten. (*mercedem capere a liberto*). Von dem Grundsatz der Erlaubnis der nur unentgeltlichen Überlassung, durfte nur dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn der Patron in schlechte Vermögensverhältnisse geriet und deshalb von den Leistungen des Freigelassenen nicht selbst Gebrauch machen konnte. Es war also möglich, Dienste "weiterzuvermieten". Der Anspruch auf die Leistung der Dienste war nicht höchstpersönlicher Natur. Das BGB hat mit der römisch-rechtlichen Auffassung gebrochen; demnach kann die Arbeit nicht mehr als Ware bezeichnet werden (vgl. *S c h n o r r* von *C a r o l s f e l d*, a.a.O. S.162), sondern im Vordergrund steht der Einsatz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Vgl. auch oben Anm.54; sowie *K a r l o w a*, a.a.O. Bd. II S.147 ff.

Die Leistung von Diensten bringt wegen der Weisungsgebundenheit und der Eingliederung in Haushalt oder Betrieb des Dienstberechtigten eine persönliche Abhängigkeit des Dienstverpflichteten mit sich. Dem trägt der in § 613 Satz 1 ausgesprochene Grundsatz der höchstpersönlichen Natur von Anspruch und Verbindlichkeit Rechnung; ebenso die Bestimmungen über Lohnzahlungspflicht, Kündigungsschutz ⁷⁷⁾ und Sorgfaltspflichten des Dienstberechtigten (§§ 616 ff.) Da der Verschaffungsschuldner auf Grund des Dienstverschaffungsvertrages grundsätzlich nicht in ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis zum Verschaffungsgläubiger gerät, sind die erwähnten Schutzbestimmungen auf diese Personen nicht anzuwenden.

Gemeinsam mit dem Dienstvertrag hat der unechte Dienstverschaffungsvertrag, daß dem Berechtigten eine ordnungsgemäße Dienstleistung geschuldet wird.

Der grundlegende Unterschied besteht darin, daß die Bestimmungen der §§ 611 ff. ganz auf das persönliche "L e i s t e n" der Dienste abgestellt sind, während bei unserem Vertrag nur die Verschaffung der zu leistenden Dienste geschuldet ist.

Trotz § 613 Satz 1 kann diese Erscheinungsform des Dienstverschaffungsvertrages deshalb nicht als Dienstvertrag subsumiert werden. ⁷⁸⁾

Er ist vielmehr ein V e r t r a g e i g e n e r A r t, der im folgenden als "unechter" Dienstverschaffungsvertrag bezeichnet werden soll. ⁷⁹⁾

77) Vgl. für das Arbeitsverhältnis: Kündigungsschutzgesetz, die Urlaubsgesetze und Tarifregelungen.

78) Teilw.a.A.: D a l b e r g, a.a.O. S.141, der dann einen Dienstvertrag annehmen möchte, wenn der Verschaffungsschuldner tatsächlich in der Lage wäre, die Leistung auch selbst zu erbringen. Jedoch sind beim unechten Dienstverschaffungsvertrag Eigenleistungen grundsätzlich ausgeschlossen, sodaß es auf das Können des Verschaffungsschuldners nicht ankommen kann.

79) Vgl. M o l l i t o r, Wesen, S.63, der die Miteinbeziehung unter den Dienstvertragstitel als "gesetzes-technischen Fehler" empfindet. Siehe auch Anm.54; ähnlich M o l l i t o r - H u e c k - R i e z l e r, a.a.O. S.59.

c) Anwendbarkeit von Bestimmungen des Dienstvertragstitels.

Es sind jedoch einige Bestimmungen des Dienstvertragstitels anzuwenden, soweit nicht das Fehlen der Höchstpersönlichkeit entgegensteht, also § 611 mit Maßgabe der Ausnahmebestimmung des § 613 Satz 1. Eine Vergütung gilt auch bei der Dienstverschaffung als stillschweigend vereinbart (§ 612). Soweit im Vertrag nichts anderes bestimmt, ist die Vergütung nachzuentrichten (§ 614). Kommt der Verschaffungsgläubiger mit der Annahme der Dienste in Verzug, so bleibt er gegenüber dem Verschaffungsschuldner zur Leistung der Vergütung verpflichtet (§ 615). Der unechte Dienstverschaffungsvertrag endet mit dem Ablauf der Zeit für die er eingegangen ist (§ 620). Da es sich auch bei dem Dienstverschaffungsvertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt, tritt im Erfüllungszustand an die Stelle des Rücktritts (§§ 346 ff.), das Recht zur Kündigung⁸⁰⁾. Die Bestimmungen über die Kündigungsfristen (§§ 621 - 625) werden jedoch durch den Vertrag ausgeschlossen sein, da regelmäßig eine für beide Vertragspartner bindende Zeit festgelegt sein wird. Dagegen bleibt das Recht zur fristlosen Kündigung bestehen (§ 626). Dabei muß sich der Verschaffungsschuldner einen in der Person seines Erfüllungshelfen entstehenden wichtigen Grund entgegenhalten lassen. Anwendbar bleibt im Grundsatz auch § 628.

Ausgeschlossen sind die auf die Person des Dienstleistenden abgestellten Bestimmungen des Dienstvertragstitels:

An die Stelle des § 616 BGB tritt die allgemeine Bestimmung des § 323. Demnach verliert der Verschaffungsschuldner seinen Vergütungsanspruch gegen den Verschaffungsgläubiger insoweit, als der Dritte an der Dienstleistung verhindert ist. Dabei ist es gleichgültig, ob der Grund in der Person des Verschaffungsschuldners oder in der des Dritten liegt. Das gilt auch, wenn der Dritte für eine nicht erhebliche

80) Vgl. E n n e c c e r u s - L e h m a n n, a.a.O. Anm.18 zu § 177, S.753; sowie BGH LM Nr.18 zu § 242 BGB.

Zeit und ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert ist, denn diese Bestimmung ist nur auf das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, nicht aber im Verhältnis voneinander unabhängiger Vertragspartner anwendbar.

Die Bestimmungen der §§ 617 mit 619 treffen auf den Verschaffungsschuldner nicht zu, denn er wird im Rahmen des Vertragsverhältnisses weder in die hausliche Gemeinschaft aufgenommen noch kommt er mit abzusichernden Räumen, Vorrichtungen oder Gerätschaften in Ausführung des Vertragsverhältnisses in Berührung.

Anstelle dieser Bestimmungen treten gegebenenfalls Ansprüche des Verschaffungsschuldners wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht, aus culpa in contrahendo oder aus positiver Forderungsverletzung.

Der § 627 wird regelmäßig durch anderslautende Partevereinbarung ersetzt sein. Nur ausnahmsweise ist sein Grundgedanke auch auf den unechten Dienstverschaffungsvertrag anwendbar, wenn ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien Vertragsgrundlage ist, so z.B. wenn die Steuerbilanz durch den Buchhalter eines befreundeten Unternehmens regelmäßig bearbeitet wird.

Die §§ 629 und 630 BGB sind Ausfluß der Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und finden deshalb auf das Verhältnis zwischen Verschaffungsschuldner und -Gläubiger keine Anwendung.

2. Die "echten" Dienstverschaffungsverträge.

Während beim unechten Dienstverschaffungsvertrag eine ordnungsgemäße Arbeitsleistung durch einen Dritten geschuldet war, ist der Verpflichtungsinhalt bei dem obigen Beispiel zu b) ein minus. Leistungsinhalt dieser zweiten Form ist es, den Verschaffungsgläubiger von der Notwendigkeit zu entheben, mit dem Dritten einen eigenen Arbeitsvertrag

abzuschließen. Deshalb verpflichtet sich hier der Verschaffungsschuldner den -gläubiger so zu stellen, daß dieser ohne selbst einen Arbeitsvertrag einzugehen, über die Arbeitskraft eines Dritten verfügen kann, wie wenn er selbst einen Arbeitsvertrag damit abgeschlossen hätte. Der Verschaffungsschuldner hat also dafür zu sorgen, daß dem Verschaffungsgläubiger ein Dritter, gleich dessen eigenem Arbeitnehmer zur Verfügung steht. Er schuldet also nicht eine eigene Arbeitsleistung im Rechtssinne, sondern die Herbeiführung einer rechtlich und tatsächlich fremden Leistung. Insoweit liegt ein " Vertrag a u f L e i s t u n g D r i t t e r " vor. Diese Form soll im folgenden als " e c h t e r " Dienstverschaffungsvertrag bezeichnet werden. ⁸¹⁾

Die Vertragsleistungen des Verschaffungsschuldners zerfallen in zwei Gruppen:

Er schuldet

- a) eigene Handlungen,
- b) die Herbeiführung fremder Handlungen, nämlich die Arbeitsleistung des Dritten.

zu a) Wenn ein Unternehmer einen Arbeiter einstellt, so wählt er nach sachlichen und persönlichen Gesichtspunkten. Anhand von Zeugnissen und auf Grund seines persönlichen Eindrucks prüft er, ob der Arbeitnehmer für die vorge-sehene Arbeitsleistung tauglich ist. Diese Tätigkeit nimmt der Verschaffungsschuldner dem -gläubiger ab. ⁸²⁾

Die A u s w a h l eines den vertraglichen Erfordernissen entsprechenden Dritten obliegt dem Verschaffungsschuldner. ⁸³⁾ Er haftet für Eignung und Zuverlässigkeit. Hat er z.B. einen Facharbeiter versprochen, so ist seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, wenn ein zwar arbeitswilliger, aber ungelernter Hilfsarbeiter zum Dienstantritt erscheint.

81) H u e c k - W i p p e r d e y a.a.O. Bd.I S.181, schlagen dieselbe Bezeichnung vor. Die 6.Aufl.von H u e c k - W i p p e r d e y ist mit "a.a.O." zitiert, soweit frühere Auflagen verwendet wurden, findet sich bei dem Zitat jeweils die Bezeichnung der Auflage; vgl. auch den Hinweis im Literaturverzeichnis.

82) Letzterem begegnet der Dritte meist zum ersten Mal bei Dienstantritt.

83) RG JW 1920 S.284; OLG Düsseldorf JW 1919 S.940; OLG Hamburg OLGE 36,49; RG 82,428; ebenso G r a n d , a.a.O. S.29.

mangels einer besonderen Abrede, hat der Verschaffungsschuldner nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte einen Mann zu wählen, von dem anzunehmen ist, daß er zu dem vorausgesetzten Verwendungszweck tauglich sein wird.-

Da der Verschaffungsgläubiger nicht in ein Vertragsverhältnis zu dem Dritten tritt, obliegt die gesamte, im Zusammenhang mit der Einstellung und Unterhaltung des Arbeitnehmers entstehende Verwaltungsarbeit regelmäßig dem Verschaffungsschuldner. Dieser ist auch im Zweifel gegenüber dem Verschaffungsgläubiger verpflichtet, den Dritten zu entlohnen, ⁸⁴⁾ ⁸⁵⁾ die Lohnsteuer- und Sozialversicherungsbeträge zu berechnen, vom Lohn abzuziehen und abzuführen. Bei Lohnpfändungen hat er die pfändungsfreien Beträge auszurechnen und den Rest an die Gläubiger abzuführen.

Er hat den Urlaubsanspruch des Dritten zu erfüllen. Des weiteren ist der Verschaffungsschuldner gegenüber dem -gläubiger verpflichtet, dem Dritten Ort und Zeit des Dienstantritts, sowie die zu erwartenden Arbeitsbedingungen bekanntzugeben.

Er hat alles zu unterlassen was die Dienstverschaffung beeinträchtigen könnte; insbesondere darf er nicht den Dritten während der Vertragszeit bei sich selbst beschäftigen oder ihm Weisungen erteilen, die denjenigen des Verschaffungsgläubigers widersprechen würden. ⁸⁶⁾

84) Hiervon unberührt bleibt das Problem, ob der Dritte gegen den Verschaffungsgläubiger einen eigenen Lohnanspruch erwirbt. Auch die Frage nach welchem Tarif zu entlohnen ist, wird erst später, im III. Hauptteil zu behandeln sein.

85) Bei manchen "Leiharbeitsverhältnissen", sowie bei der Erbringung von Überstunden durch den Dritten wird die Entlohnung gelegentlich vom Verschaffungsgläubiger vorgenommen. Vgl. B e i n e , Dissertation, S.11 ff, 15.

86) M o l i t o r, Geteiltes Weisungsrecht, DB 1960 S.29 III.

Zu b) Soweit fremde Leistungen zu erbringen sind, ist eine gesonderte Betrachtung angebracht. Schwierigkeiten bereitet dabei die Feststellung des Umfanges der Haftung aus dem Vertrag auf Verhandlungen Dritter.

Der Haftungsstärke nach lassen sich im Wesentlichen zwei Ansichten unterscheiden:

- aa) Der Vertragsschuldner hat lediglich Bemühungen aufzuwenden. Seine Verpflichtung hat er dann erfüllt, wenn er mit der erforderlichen und ihm zumutbaren Sorgfalt auf den Dritten eingewirkt hat, um diesen zur Leistung zu veranlassen. Haben die ordnungsgemäßen Bemühungen keinen Erfolg, so tritt keine Haftung ein. Der Anspruch auf Entgelt entsteht ebenfalls mit Aufwendung der Bemühungen und ist vom Eintritt eines Erfolges unabhängig.

Hauptvertreter dieser Ansicht ist O e r t m a n n ,⁸⁷⁾ dem sich G r a m s e⁸⁸⁾ und S c h o c h⁸⁹⁾ anzuschließen scheinen.

Auf den Dienstverschaffungsvertrag angewandt, ist die Theorie unbrauchbar. Wie oben ausgeführt⁹⁰⁾ tritt der Dienstverschaffungsvertrag an die Stelle eines Arbeitsvertrages und dient meistens dem Ausgleich eines wechselnden Arbeitskräftebedarfes von Betrieb zu Betrieb.

87) a.a.O. S.12; damit setzt er sich allerdings in Widerspruch zu seiner auf S.6 von W i e l a n d (Arch.ziv. Prax.Bd.95 S.193) übernommenen Definition, wonach der Schuldner "lediglich eine Garantie für die Leistung des Dritten übernehme". Auch G r a m s e, der sich der Ansicht O e r t m a n n 's anschließt und dieselbe gegen die Angriffe W i m m e r 's, a.a.O. S.7 verteidigt, vermag diesen Widerspruch nicht aufzuklären.

88) Vgl. aber a.a.O. S.5 wo er von der Herbeiführung eines näher gekennzeichneten "Zustandes" spricht.

89) a.a.O. S.26. Eine Vermutung für diese schwächere Haftungsform bestand nach dem Preussischen Allgemeinen Landrecht, I, 5, § 40.

90) Vgl. oben S.2, S.6 ff., sowie S.28.

Wie auf Grund eines Arbeitsvertrages dem Arbeitgeber die Arbeitskraft des Verpflichteten tatsächlich zur Verfügung steht, so wäre auch dem Verschaffungsgläubiger nicht damit gedient, wenn der Schuldner lediglich ordnungsgemäße Bemühungen in Richtung auf diesen Erfolg aufzuwenden hätte. ⁹¹⁾

Auch schon die aus dem Leben gegriffene Bezeichnung "Dienstverschaffung" zeigt an, daß keine Bemühungen, sondern der Erfolg der verschaffenden Tätigkeit geschuldet wird.

Gegen die Theorie vom Bemühungsvertrag spricht letzthin die im ersten Entwurf zum BGB ⁹²⁾ aufgestellte Auslegungsregel. Demnach verpflichtete ein Vertrag über die Handlung eines Dritten "im Zweifel den Versprechenden für den E r f o l g des Versprechens einzustehen."

In den Motiven wird neu darauf hingewiesen, daß sowohl dem "Wesen und der juristischen Bedeutung eines solchen Vertrages, als auch der regelmäßigen Absicht der Parteien" die Vermutung einer Erfolgshaftung entspräche. ⁹³⁾

91) Ein solcher Vertrag wäre kein Dienstverschaffungsvertrag. Er enthielte vielmehr Merkmale eines Maklervertrages verbunden mit einem Dienstvertrag, weil gegen Entgelt eine Tätigkeit (nicht die Herbeiführung eines Erfolges) versprochen würde. Vgl. hierzu oben S.15 ff.

92) § 348 Abs.2. Nach Bd.I, S.455 der Protokolle zur 2. Lesung wurde diese Bestimmung gestrichen und es sollte dem freien richterlichen Ermessen überlassen bleiben, derartige Verträge auszulegen.

93) Bd.II S.456.

Als Zwischenergebnis ist deshalb festzuhalten, daß der Erfolg der dienstverschaffenden Tätigkeit geschuldet wird. 94)

- bb) Im folgenden wird nun zu erörtern sein, worin der herbeizuführende Erfolg besteht. Der haftungsintensität nach lassen sich drei verschiedene Stufen unterscheiden:
- aaa) Der Verschaffungsschuldner hat seine Verbindlichkeit dann erfüllt, wenn ein arbeitswilliger Dritter am rechten Ort zur rechten Zeit zum Dienstantritt bereitsteht.
- bbb) Es wird das tatsächliche Arbeitsleisten entsprechend der Anleitung des Verschaffungsgläubigers während der ganzen Vertragszeit geschuldet.
- ccc) Der Schuldner haftet auch für die Einhaltung eines gewissen Arbeitspensums oder für den geplanten Erfolg der Arbeit des Dritten im Wege eines Garantieversprechens.
- zu aaa) B e i n e ⁹⁵⁾ nimmt unter Berufung auf H e r - s c h e l ⁹⁶⁾ die schwächste Haftungsform im Verhältnis zwischen "Zwischenunternehmer" (= Verschaffungsschuldner) und "Betriebsunternehmer" (= Verschaffungsgläubiger) als gegeben an. 97)

94) Im Ergebnis als Einziger ebenso M u n d h e n k , a.a.O. S.19. Soweit S c h e t t l e r , a.a.O. S.25, im Anschluß an die Behandlung der Verträge auf Handlungen Dritter eine Erfolgshaftung ablehnt, kann dem nicht zugestimmt werden. Insbesondere erfolgt S c h e t t l e r 's Berufung auf RG 82, 430 zu Unrecht. Er verwechselt zwei Problemgruppen, von denen eine auf die andere aufbaut: Einmal, ob Bemühungen oder deren Erfolg geschuldet sind und zum anderen, ob der Erfolg nur im Zurverfügungstellen des Arbeiters oder auch im "glücklichen Zuendeführen" der Arbeit durch den Dritten besteht. Die zweite Gruppe betrifft den Grad der Erfolgshaftung und kann deshalb erst dann behandelt werden, wenn man sich für Erfolgshaftung überhaupt entschieden hat. Das lehnt S c h e t t l e r aber ab. Die zitierte Entscheidung des Reichsgerichts dagegen beschäftigt sich nur mit dem Grad der Erfolgs- haftung.

95) a.a.O. S.79 ff., 80.

96) a.a.O. S.1116.

97) B e i n e , a.a.O. S.79; ebenso S c h e t t l e r , a.a.O. S.25; ähnlich: H u e c k - N i p p e r d e y , a.a.O. Bd.I S.181.

Demnach habe der Zwischenunternehmer seine Vertragspflicht schon dann erfüllt, wenn beim Betriebsunternehmer ein objektiv tauglicher Dritter zum Dienstantritt erschienen sei.⁹⁸⁾ Damit setzt sich B e i n e schon in Widerspruch zu seiner eigenen Definition des "Arbeiterverschaffungsvertrages", wonach sich der Zwischenunternehmer verpflichte, f ü r e i n e g e w i s s e Z e i t den Leiharbeiter zur Arbeitsleistung zur Verfügung zu stellen.

Eine weitere Folge der Ansicht B e i n e ' s wäre, daß auch das Entgelt für die Dienstverschaffung mit Dienstantritt fällig sein müßte, ohne Rücksicht darauf, ob der Dritte auch an den folgenden Tagen, bis zum Ablauf der Vertragszeit am Arbeitsplatz erscheint. Diese Konsequenz zieht B e i n e selbst nicht. Er meint, der Vergütungsanspruch des Zwischenunternehmers hänge davon ab, ob der Arbeitnehmer gegen den Betriebsunternehmer einen Lohnanspruch bekomme. Zwischen diesen Personen entstehe nämlich ein Arbeitsverhältnis.

Dem "Sinn und Zweck des Vertrages" auf den sich B e i n e beruft, ist damit nicht entsprochen:

Da der Verschaffungsgläubiger zu dem Dritten nicht in arbeitsvertragliche Beziehungen tritt, ist ihm nicht damit gedient, wenn der Dritte sich lediglich am ersten Tag zum Dienstantritt meldet. Er will vielmehr möglichst eine Gewähr dafür haben, daß der Dritte während der ganzen Vertragszeit zur Verfügung steht und eine Arbeitsleistung erbringt.

Einen Hinweis für die Richtigkeit dieser Ansicht bietet die Art der Entgeltsentrichtung in der Praxis. Der Verschaffungsschuldner erhält bei der Gestellung eines "Leiharbeiters" nicht etwa einen einmaligen Pauschalbetrag bei Dienstantritt, ähnlich einem Maklerlohn; sondern er bekommt zuzüglich zum Lohn des Dritten einen Aufschlag,

98) Wie 95).

welcher sich nach der von dem Dritten eingebrachten Arbeitszeit bemißt. Das Arbeitsleisten des Dritten für Rechnung und nach Weisung des Verschaffungsgläubigers ist die geschuldete Vertragsleistung des Verschaffungsschuldners.

Arbeitet der Dritte z.B. einen Monat für den Verschaffungsgläubiger, so erhält letzterer den Aufschlag für einen ganzen Monatslohn. Wird die vereinbarte Arbeitsdauer nicht eingehalten, so verkürzt sich damit auch der Aufschlag. Erscheint der Dritte überhaupt nicht, so entfällt das Entgelt gänzlich.

Die Kürzung der Gegenleistung durch den Verschaffungsgläubiger ist somit nichts anderes, als die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts bei Nichterbringung der Schuldnerleistung (§§ 320 ff. BGB).

Umgekehrt setzt das Recht eine Leistung aus einem gegenseitigen Vertrag zu verweigern voraus, daß auch von der anderen Seite eine Leistung zu erbringen ist.

Somit ist aus der Anwendbarkeit der Bestimmungen der §§ 320 ff. BGB zu schließen, daß nicht nur ein einmaliges Bereitstehen des Dritten, sondern dessen ständige Arbeitsbereitschaft unter der Weisung des Verschaffungsgläubigers geschuldet ist.

Damit ist gleichzeitig die Erkenntnis verbunden, daß der echte Dienstverschaffungsvertrag in seinem Erfüllungszustand ebenfalls ein Dauerschuldverhältnis begründet.

zu bbb) Gleichzeitig ist hiermit auch eine Entscheidung zugunsten der zu bbb) angedeuteten Haftungsform getroffen.

Die Verpflichtung des Verschaffungsschuldners beinhaltet sonach, daß während der ganzen Vertragszeit Arbeitskräfte zur Verfügung stehen, welche zu der beabsichtigten Arbeitsleistung tauglich sind und den Anweisungen des Verschaffungsgläubigers Folge leisten, nicht jedoch, daß die Arbeit auch glücklich zu Ende geführt wird.

Die Gruppe zu ccc) würde sich ihrem Inhalt nach durch nichts von den unechten Dienstverschaffungsverträgen unterscheiden.

Die hier als "echter" Dienstverschaffungsvertrag bezeichnete Erscheinungsform läßt sich wie folgt definieren: Der Verschaffungsschuldner hat die Arbeitskraft eines für seine Handlungsweise selbst verantwortlich bleibenden Dritten zur wirtschaftlichen Verwertung des Verschaffungsgläubigers auf eine gewisse Zeit zur Verfügung zu stellen, wobei der Verschaffungsschuldner alle mit der Einstellung und Unterhaltung des Dritten anfallenden Verwaltungsarbeiten zu erledigen hat.

Regelmäßig wird der Verschaffungsgläubiger ein Entgelt, bestehend in dem Lohn, den Sozialversicherungsbeiträgen für den Dritten und einem prozentualen Aufschlag auf die Gesamtsumme (als Unternehmergewinn), zu entrichten haben. 99)

Es ist jedoch auch eine unentgeltliche Dienstverschaffung denkbar. 100)

99) Vgl. die Definition bei E r m a n - K ü c h e n - h o f f, a.a.O. 2c vor § 611 S.753. Die Definition ist insofern zu eng, als sie nur die echten Dienstverschaffungsverträge umfaßt. Vgl. auch die ähnliche Definition RG 82, 427; demnach ist mit der Gestellung des Mannes "zwar die Verbindlichkeit noch nicht vollständig erfüllt, sie erschöpft sich aber darin, daß der Vermieter die Schiffsbesatzung dauernd veranlaßte dem Verschaffungsgläubiger ihre Arbeitskraft bereitzuhalten und seinen Anweisungen Folge zu leisten. Die einzelnen Dienstleistungen lagen nicht innerhalb der durch den Dienstverschaffungspflichtigen zu erfüllenden Verbindlichkeit." Nicht gefolgt werden kann der Ansicht S c h e f f - l e r ' s, a.a.O. S.51, der zwischen "allgemeinen und besonderen Anweisungen" des Verschaffungsgläubigers unterscheidet und den Verschaffungsschuldner nur für die Befolgung der ersteren haften lassen möchte. Eine Abgrenzung zwischen allgemeinen und besonderen Anweisungen erscheint nicht möglich.

100) A.A. M u n d h e n k, a.a.O. S.43.

c) S u b s u m t i o n des echten Dienstverschaffungsvertrages.

Bei der Erörterung der Frage ob und welchem gesetzlichen Vertragstyp der echte Dienstverschaffungsvertrag zuzurechnen ist, gehen die Meinungen stark auseinander:

Einen Vertrag eigener Art nehmen an:
Schröder, ¹⁰¹⁾ Roth, ¹⁰²⁾ Lotmar, ¹⁰³⁾
Dalberg, ¹⁰⁴⁾ von Meerscheidt-
Hüllessem, ¹⁰⁵⁾ Schoch, ¹⁰⁶⁾ Gramse ¹⁰⁷⁾

Dienstvertrag ist gegeben nach der Ansicht von Mückley, ¹⁰⁸⁾ unter Berufung auf Wimmer, ¹⁰⁹⁾ sowie Janssen, ¹¹⁰⁾.

Einen Werkvertrag bejahen dagegen von Gregory, ¹¹¹⁾ Mundhenk, ¹¹²⁾ Wimmer ¹¹³⁾ und Stadelmann ¹¹⁴⁾, Deneck ¹¹⁵⁾.

Staudinger-Wipperdey-Mohnen ¹¹⁶⁾ und Planck-Gunkel ¹¹⁷⁾ gehen davon aus, daß ein Werkvertrag oder Dienstvertrag vorliege, während Uertmann ¹¹⁸⁾ von einem Werkvertrag, Auftrag oder dergleichen spricht.

101) a.a.O. S.9, 11, 24.

102) a.a.O. S.15 ff., 16, 23, 24.

103) a.a.O. Bd.I S.42, 47.

104) a.a.O. S.141.

105) a.a.O. S.854.

106) a.a.O. S.55.

107) a.a.O. S.37.

108) a.a.O. S.14, 16. Seine Berufung auf Wimmer a.a.O. S.107 ist jedenfalls für dessen dritte Gruppe (vgl.S.10 des Auszugs) nicht berechtigt; dort führt Wimmer nämlich aus, daß ein Werkvertrag vorliege.

109) a.a.O. S.107; Auszug S.10.

110) a.a.O. S.30 ff., der zwischen mietähnlichen und eine Geschäftsbesorgung enthaltenden Verträgen unterscheidet.

111) a.a.O. S.30.

112) a.a.O. S.35, 53.

113) a.a.O. S.2; Auszug S.10.

114) a.a.O. S.33.

115) a.a.O. § 611, Anm.13 IV, ohne allerdings eine Begründung anzugeben.

116) a.a.O. § 611, Vorbem.

117) a.a.O. VIII, 2 vor § 611.

118) Komm. Bd.II, Vorbem.3 h vor § 611.

Das Reichsgericht nahm zunächst in einem noch unter der Geltung des gemeinen Rechts zu entscheidenden Fall das Vorliegen einer "Dienstmiete" an,¹¹⁹⁾ in späteren Entscheidungen legte sich das Gericht jedoch nicht mehr auf eine Subsumtion fest.¹²⁰⁾

Auch der Bundesgerichtshof hat noch keine Stellung zu dieser Frage bezogen.¹²¹⁾

Eigene Ansicht: Der echte Dienstverschaffungsvertrag ist kein eigener Vertragstyp in dem Sinne, daß er einer besonderen, im Gesetz geregelten Kategorie unterfällt. Die Dienstverschaffung ist vielmehr ein Leistungsinhalt. Der Inhalt einer zu leistenden Arbeit oder einer Tätigkeit bildet jedoch kein Unterscheidungsmerkmal, soweit die gesetzlichen Vertragstypen Dienstvertrag, Werkvertrag, Auftrag und Geschäftsbesorgungsvertrag in Frage kommen. Für das Verhältnis von Dienstvertrag zu Werkvertrag gibt E n n e c c e r u s - L e h m a n n ¹²²⁾ ein anschauliches Beispiel: Der Rasiergehilfe erfüllt durch dieselbe Handlung zugleich eine eigene Dienstverpflichtung und eine Werkverpflichtung seines Arbeitgebers.

In ähnlicher Weise enthält auch der Dienstverschaffungsvertrag verschiedene Komponenten: Soweit der Verschaffungsschuldner den Arbeitnehmer einzustellen und die mit seiner Unterhaltung verbundenen Verwaltungsarbeiten vorzunehmen hat, trägt der Vertrag Züge eines Dienstvertrages in der Form des Geschäftsbesorgungsvertrages.¹²³⁾

119) 48, 92.

120) Bd. 80 S. 361 ff.

121) Bd. 8, 330.

122) a.a.O. S. 585, § 145 I 1 c.

123) Vgl. E n n e c c e r u s - L e h m a n n a.a.O. Bd. II § 164 I S. 670 ff., der darauf hinweist, daß der Ausdruck "Geschäftsbesorgung" nicht jede Arbeitsverrichtung umfaßt, sondern nur selbständige Tätigkeiten, wirtschaftlicher Art, die für einen anderen in seinem Interesse vorgenommen werden. Andernfalls würden alle Dienst- und Werkverträge unter § 675 fallen. Der Verschaffungsschuldner nimmt die Unterhaltung des Dritten zugleich als dessen Arbeitgeber und im Interesse des Verschaffungsgebers vor.

stellt man dagegen mehr auf die "dauernde Veranlassung" des Dritten zu einer Arbeitsleistung für den Verschaffungs-
gläubiger ab, so kommt man eher zu dem Ergebnis, daß ein
durch Dienstleistung herbeizuführender Erfolg im Sinne von
§ 631 Abs.2 BGB anzunehmen ist. 124)

Eine gewisse Parallele w i r t s c h a f t l i c h e r
Art weist der echte Dienstverschaffungsvertrag mit der
Sachleihe und der Sachmiete auf. Während dort eine Sache
zur Benutzung übergeben wird und in gebrauchsfähigem Zu-
stand zu erhalten ist (§§ 535, 537 BGB), hat der Verschaf-
fungsschuldner einen tauglichen Arbeitnehmer zur wirtschaft-
lichen Verwendung des Gläubigers bereitzustellen und ihn
durch Lohnzahlung und Urlaubsgewährung dienstbereit zu
halten. 125)

wird die Dienstverschaffung unentgeltlich gewährt, so über-
wiegen dagegen die "Auftrags-" Komponenten¹²⁶⁾ (§§ 662 f.).

Die Unmöglichkeit, den unechten Dienstverschaffungsvertrag
unter einen gesetzlichen Vertragstyp zu zwingen, ergibt
sich aus den Ausführungen m u n d h e n k ' s 127):

124) A.A. S c h n o c h, a.a.O. S.53, der einen Werkvertrag
deshalb ablehnt, weil die Leistungen des Dienstver-
schaffenden nicht als Arbeitsleistungen im Sinne von
§ 631 anzusehen seien. Die Tätigkeit bestünde vielmehr
lediglich in der Veranlassung des Dritten zu arbeiten,
sowie in der Unterlassung aller Störungen. (Ebenso
G r a m s e, a.a.O. S.36) Der Begriff Arbeit in § 631
Abs.2 ist jedoch nicht im Sinne eines Arbeitsvertrages
aufzufassen, sondern umfaßt jede Tätigkeit, die einen
gewissen Aufwand an Zeit oder Kraft körperlicher oder
geistiger Art erfordert. Darunter fällt aber auch die
Tätigkeit des Verschaffungsschuldners.
Nicht gefolgt werden kann auch dem weiteren Argument
S c h n o c h ' s, daß, wenn man die Dienstleistung eines
Dritten als Erfolg im Sinne des Werkvertrages bezeich-
net, auch jegliche eigenen Dienstleistungen als Erfolg
und damit Werkvertrag bezeichnet werden müßten. (Ebenso
G r a m s e, a.a.O. S.37). Zwar stellt auch die Ver-
anlassung zu eigenen Dienstleistungen einen "Erfolg"
als Ergebnis von Bemühungen dar. Diese Art eines Er-
folges wird jedoch wegen der verschiedenartigen Rechts-
folgen vom Gesetzgeber ausdrücklich ausgeklammert und
einem eigenen Titel unterstellt. (§§ 611 ff.)

125) Rechtlich kann die Arbeitskraft als Persönlichkeitsgut
nicht einer Sache gleichgestellt werden. So
S c h n o c h v. C a r o l s f e l d, a.a.O. S.299.

126) u. 127) m u n d h e n k, a.a.O. S.43.

Er stellt zunächst fest, daß der Dienstverschaffungsvertrag ein nach den Regeln des Werkvertrages zu beurteilender Arbeitsvertrag sei (§ 631 Abs.2). Aus der Notwendigkeit des Entgelts (§ 632), folgert er, daß bei Unentgeltlichkeit "das Gebilde nicht mehr als Dienstverschaffungsvertrag bezeichnet werden könne". Richtigerweise muß die Ableitung so lauten: Dem Inhalt nach ist in beiden Fällen Dienstverschaffung gegeben. Entsprechend der besonderen Ausgestaltung sind die Rechtsfolgen im ersteren Fall mehr dem Werkvertrags- im zweiten dem Auftragsrecht zuzuordnen.

Der echte Dienstverschaffungsvertrag ist somit ein gemischter Vertrag, der sich aus eigenständigen Komponenten, sowie Bestandteilen der Dienstvertrags-, Werkvertrags-, Auftrags- und Mietvertragstitel des BGB zusammensetzt. Dabei kann sich je nach der besonderen Ausgestaltung das Schwergewicht nach der einen oder anderen Seite verlagern.

d) Anwendbarkeit von gesetzlichen Bestimmungen.

Maßgebend sind in erster Linie die besonderen Vertragsvereinbarungen der Parteien. Daneben gelten die Bestimmungen des allgemeinen Teiles des BGB mit Ausnahme der Vorschriften über den Rücktritt (§§ 346 ff.), an deren Stelle das Recht zur Kündigung tritt. 128)

Die Verpflichtung aus dem echten Dienstverschaffungsvertrag kann auch eine Gattungsschuld sei. Z.B. es wird die Gestellung eines "kräftigen Arbeiters" oder eines "ungelernten Hilfsarbeiters" versprochen, ohne daß dessen Name oder ein anderes konkretisierendes Unterscheidungsmerkmal bestimmt ist.

Nach der Natur des Schuldverhältnisses ist § 279 BGB nicht unmittelbar anwendbar, da bei der Gestellung eines Arbeiters nicht von einem "geschuldeten Gegenstand" gesprochen werden kann. 129) Jedoch ist der allgemeine Rechtsgedanke, welcher

128) wie Anm.80) vgl. auch RG 65,37;78,388; sowie Lenecke, a.a.O. § 611 Anm.13.

129) Lennecerus - Lehmann, Bd.I, a.a.O. §.6 I wollen § 279 auf Dienstleistungen unmittelbar anwenden.

in § 279 BGB einen etwas zu eng formulierten Niederschlag gefunden hat, entsprechend auf die Verschaffung von Diensten anwendbar.

Hat also der Verschaffungsschuldner eine nicht näher bezeichnete Arbeitskraft versprochen, so wird er auch dann nicht frei, wenn die ursprünglich dafür vorgesehene Person ausfällt. Hat der Dritte dagegen einmal den Dienst beim Verschaffungsgläubiger angetreten, so hat sich die "Gattungsschuld" in eine "Specieschuld" verwandelt. Geschuldet wird dann nur noch die Arbeitsleistung dieser Person. Es ist jedoch grundsätzlich anzunehmen, daß sich die Verschaffungspflicht des Schuldners nur auf den Kreis seiner eigenen Arbeitnehmer erstreckt. Nur diesen Personen gegenüber hat er eine Einflußmöglichkeit, welche es ihm ermöglicht, über deren Arbeitskraft zu verfügen. Gerade bei der Gestellung eines Leiharbeiters würde es eines unverhältnismäßigen Aufwandes an Zeit und Geld bedürfen, wollte man die Pflicht des Schuldners derart erweitern. Bei der Gestellung eines Leiharbeiters handelt es sich somit regelmäßig um eine begrenzte Gattungsschuld. ¹³⁰⁾

Aus dem Dienstvertragstitel sind, soweit nichts anderes vereinbart, folgende Vorschriften auf den echten Dienstverschaffungsvertrag anwendbar: § 612 (vgl. auch § 632), 614, 620; sowie der Grundsatz des § 626 über die fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde und § 628.

Aus dem Mietrecht kann als allgemeiner Rechtsgrundsatz das Recht zur fristlosen Kündigung bei Entzug der Verwendungsmöglichkeit des Dritten infolge anderweitiger Beschäftigung durch den Verschaffungsschuldner entnommen werden. (§ 542). Ebenso wird man den Verschaffungs-

130) A. A. G r a n d, a. a. O. der eine "Nachlieferung" im Falle des Ausscheidens des Leiharbeiters ablehnt.

gläubiger zur Anzeige verpflichtet halten (§ 545), wenn sich die Arbeitstauglichkeit beeinträchtigende Mängel bei dem Dritten zeigen. Dieselbe Verpflichtung läßt sich aus § 242 BGB ableiten.

Eine Mitwirkungspflicht des Verschaffungsgläubigers (§ 642) besteht darin, daß er den Dritten über Arbeitszeit, Arbeitsplatz und die besonderen Arbeitsbedingungen in seinem Betrieb aufzuklären hat.

Weiterhin besteht eine Auskunftspflicht des Verschaffungsschuldners über die vom Verschaffungsgläubiger zu erstattenden Lohn- und Sozialversicherungsbeiträge. (§ 666).

Wird die Dienstverschaffung unentgeltlich gewährt, so hat der Verschaffungsgläubiger dem -schuldner die auf die Vertragszeit treffenden Bezüge des Arbeitnehmers als Aufwendungen zu ersetzen (§§ 662, 669, 670).

3. Außere Unterscheidungsmerkmale zwischen echtem und unechtem Dienstverschaffungsvertrag.

Bei der Abwicklung unseres Vertrages ergibt sich häufig Streit, wenn der Dritte in Ausführung seiner Arbeitsverpflichtung einen Schaden anrichtet und zu entscheiden ist, ob derselbe dem Verschaffungsschuldner zuzurechnen ist. Aus dem Wortlaut des Vertrages ergibt sich dann meistens nicht, ob ein echter oder ein unechter Dienstverschaffungsvertrag abgeschlossen werden sollte. Hier ist der Gesamtinhalt und die äußeren Begleitumstände des Vertrages heranzuziehen. Folgende Merkmale sprechen für einen unechten Dienstverschaffungsvertrag: Der Verschaffungsschuldner hat die Ausführung einer Arbeit durch einen Dritten übernommen. Das äußert sich meist darin, daß die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr vorgenommen wird. Bei der Leistung des Dritten bleibt dem Verschaffungsschuldner deshalb meist ein gewisses Aufsichtsrecht. Das Direktionsrecht geht dann nur teilweise auf den Verschaffungsgläubiger über, sodaß es zum Teil

diesem, zum anderen Teil dem Verschaffungsschuldner zusteht. ¹³¹⁾ Ein weiteres Merkmal für den unechten Dienstverschaffungsvertrag ist die Tatsache, ob der Betrieb des Verschaffungsschuldners regelmäßig Aufgaben der gewünschten Art selbst ausführt. So wird das Speditionsgeschäft regelmäßig Packer entsenden, es wird seine Leute jedoch nicht einem Versandhaus zur Verfügung stellen.

Gewöhnlich wird beim unechten Dienstverschaffungsvertrag eine Pauschalvergütung, in welcher bereits der Unternehmergewinn enthalten ist anzunehmen sein, während echte Dienstverschaffungen meistens nach Stunden oder Tagen zuzüglich eines Aufschlages bezahlt werden.

Demgegenüber ist ein Hauptmerkmal des echten Dienstverschaffungsvertrages, daß jede persönliche Leistungspflicht des Verschaffungsschuldners ausgeschlossen ist. Läßt sich dieser das Recht einräumen, entweder selbst, oder durch einen Dritten zu erfüllen, so liegt ein unechter Dienstverschaffungsvertrag vor. ¹³²⁾

II. Die mit anderen Vertragstypen gemischten Dienstverschaffungsverträge.

1. mit Dienst- oder Arbeitsvertrag gemischte Erscheinungsformen.

Im Regelfall stehen sich die Partner unseres Vertrages wirtschaftlich gleichgeordnet und unabhängig gegenüber, wie in dem Ausgangsfall der Zurverfügungstellung eines Arbeitnehmers für Packarbeiten. Es ist aber möglich, daß entweder der Verschaffungsschuldner Arbeitnehmer des Verschaffungsgläubigers wird oder umgekehrt der Letztere in ein Arbeitsverhältnis zu Ersterem tritt.

131) Vgl. S c h n o r r von C a r o l s f e l d, a.a.O. S.24 II. 1. b.

132) Kein Unterscheidungsmerkmal ist es dagegen darauf abzustellen, ob die Verschaffung auf eine bestimmte oder unbestimmte Zeit erfolgt (so R o t h, a.a.O. S.36, 37). Vgl. RG HRH sowie RG 25, 109; 48,91; 82,427; 69,127 zur Frage ob der Verschaffungsschuldner nach § 278 haftet.

a) So war es früher in der Landwirtschaft Pommerns und mecklenburgs und ist es auch heute noch in Niedersachsen üblich, daß einem Stamm-Landarbeiter von seinem Gutsbesitzer ein Stück Ackerland zur eigenen Bewirtschaftung zur Verfügung gestellt wird (Deputat). Der Landarbeiter (Deputant) hat dafür dem Gutsherrn auf eine gewisse Zeit seine eigene Arbeitskraft und noch andere Leute für Landarbeiten zur Verfügung zu stellen. Es handelt sich dabei entweder um Familienangehörige des Deputanten oder auch solche Arbeitnehmer, die er im eigenen Namen anstellt.¹³³⁾ Diese Arbeitskräfte unterstehen dem alleinigen Weisungsrecht des Gutsherrn oder seiner Vertreter. Die Arbeitsleistung des Hofgängers fließt unmittelbar dem Gutsherrn zu, während der Rechtsgrund seiner Arbeitspflicht auf seinem Verhältnis zu dem Deputanten beruht.¹³⁴⁾ Zwischen dem Gutsherrn und dem Deputanten besteht ein Arbeitsverhältnis, wobei die Landüberlassung einen Teil des Entgelts darstellt.¹³⁵⁾ Somit treten hier gleichzeitig die Verpflichtung zur Leistung eigener Arbeit und zur Verfügungstellung fremder Arbeitsleistung nebeneinander auf.

Es liegt also ein aus echtem Dienstverschaffungsvertrag und Arbeitsvertrag gemischtes Rechtsverhältnis vor.¹³⁶⁾

b) Auch der Verschaffungsgläubiger kann Arbeitnehmer des -schulners sein. In dem oben erwähnten Beispiel¹³⁷⁾

133) S c h e l p, a.a.O. S.87 ff.; W i e s z n e r, a.a.O. S.13 ff. Der Dritte wird hier als "Hofgänger" bezeichnet.

134) S c h e l p, a.a.O. S.89.

135) S c h e l p, a.a.O. S.89;

136) S c h e l p, a.a.O. S.95; auf die feinen Unterschiede zwischen echten und unechten Mischtatbeständen kann in diesem Zusammenhang nicht eingegangen werden; vgl. hierzu F i s c h e r, a.a.O. S.13 ff.; O c h s, a.a.O. S.16 ff; siehe auch L n n e c c e r u s - L e h m a n n, a.a.O. Bd.II § 100 B.B.385 ff.

137) Vgl. S.4.

ist der Chefarzt als Verschaffungsgläubiger Angestellter des Krankenhausträgers. Die Dienstverschaffung bezüglich der medizinisch-technischen Assistentin ist ein Teil des Entgelts aus dem Anstellungsvertrag.

Einen ähnlich gelagerten Fall erwähnt S c h e l p,¹³⁸⁾ wonach ein Gutsherr einem Heuerling als Entlohnung für dessen eigene Arbeitsleistung einen seiner Leute zur eigenen Verwendung unterstellt.

Es handelt sich hier um einen sogen. "doppeltypischen Vertrag", auf den die Regeln beider darin enthaltenen Verträge Anwendung finden.¹³⁹⁾

c) Dienstverschaffungsverpflichtung als facultas alternativa.

Die Verpflichtung des Schuldners aus einem Dienst- oder Arbeitsvertrag kann dergestalt sein, daß er die Möglichkeit hat, die Dienste entweder selbst zu leisten oder dieselben in vollem Umfang durch einen Dritten ausführen zu lassen. Z.B. der Eigentümer einer Hafenschute verpflichtet sich gegenüber einem Reeder sich mit seinem Fahrzeug auf gewisse Dauer für Entladearbeiten zur Verfügung zu halten. Er behält sich aber vor, nach seiner Wahl die Transporte entweder selbst, oder durch einen seiner Leute auszuführen.¹⁴⁰⁾ Hier ist eine von der Wahlschuld (§262 BGB) zu unterscheidende facultas alternativa anzunehmen. Geschuldet ist von Anfang an nur eine Leistung, nämlich eigene Dienste. Der Schuldner hat aber das Recht, sich durch die Leistung eines Dritten zu befreien; er bleibt jedoch bis zur endgültigen Erfüllung durch den Dritten selbst Schuldner. Die Person deren sich der Schuldner wahlweise bedienen kann, ist dem Gläubiger gegenüber verschaffte Arbeitskraft.

138) a.a.O. S.92.

139) E n n e c c e r u s - L e h m a n n, a.a.O. Bd.II § 100 III S.390.

140) J a e r i s c h, a.a.O. S.25 ff; RG 56,361; OLG (Hamburg) 7,471.

Da der Dienstverschaffungsvertrag an die Stelle eines Dienstvertrages tritt, ist anzunehmen, daß ein unechter Dienstverschaffungsvertrag gegeben ist. ¹⁴¹⁾
Je nach dem für welche Erfüllungsform sich der Schuldner entscheidet, finden die entsprechenden Bestimmungen darauf Anwendung.

Es liegt keine Vertragsmischung vor, sondern zwei Leistungen sind untereinander so verbunden, daß je nach Ausfall einer Bedingung der eine oder andere Leistungsinhalt erfüllt werden soll. Der Fall wird von E n n e c c e r u s - L e h m a n n als "alternative" Vertragsverbindung bezeichnet. ¹⁴²⁾

2. Die häufigste Form der Koppelung mit anderen Schuldverhältnissen bildet die Gruppe der zusammen mit Sachleihe, Sachmiete und Kauf auftretenden Dienstverschaffungsverträge. Innerhalb derselben lassen sich im wesentlichen zwei charakteristische Gruppen herauschälen, zwischen denen es jedoch entsprechend der Vielzahl der Lebenssachverhalte zahlreiche Übergangsformen gibt.

- a) Das eingangs erwähnte Dienstboteninstitut schickt nicht nur die Arbeitskräfte, sondern stattet dieselben auch mit Putzmaterial und Arbeitsgeräten aus. Der Schwerpunkt der rechtlichen Beziehungen liegt auf der Dienstverschaffung, während der Verkauf des verwendeten Putzmaterials und die Bereitstellung der Werkzeuge nur als Nebenverpflichtung erscheinen.
- b) Der entgegengesetzte Fall ist dann gegeben, wenn z.B. eine Filmproduktionsgesellschaft einem Fernsehunternehmen Ateliers zusammen mit den dazugehörigen Beleuchtern, Kulissenschiebern und dem übrigen technischen Bedienungspersonal auf eine gewisse Zeit zur Verwendung überläßt. Schwerpunkt der Rechtsbeziehungen ist dann der Gebrauchsüberlassungsvertrag (Sachmiete) des

141) M o l i t o r - n u e c k - K i e z l e r ,
a.a.O. S.59 sprechen hier von einem Dienstvertrag
mit Lösebefugnis durch Dienstverschaffung.

142) E n n e c c e r u s - L e h m a n n , a.a.O. S.385.

Ateliers. Die Dienstverschaffung ist nur untergeordnetes Mittel zum Zweck der wirtschaftlichen Verwertbarkeit der Produktionsstätte. 143)

- c) bei den Übergangstatbeständen ist das Schwergewicht nicht so sehr zu Gunsten des einen oder anderen Vertragsteiles ausgesprägt. Hierzu gehören die Vermietung einer Dreschmaschine mit Bedienungspersonal, 144) eines Baggers mit Maschinisten, einer Schute mit Lkwführer 145) oder eines Omnibus mit Fahrer. 146)

-
- 143) Ein ähnlicher Tatbestand ist die Zeitcharter, vgl. J a n s s e n , a.a.O. S.28 ff. Vielfach übernimmt der Vermieter einer Maschine auch die technische Inbetriebsetzung und Wartung derselben. Zur Erfüllung des Mietvertrages gehört hier, daß der Mieter die Maschine nicht nur in seinen räumlichen Einflußbereich bekommt, sondern, daß er auch tatsächlich in die Lage versetzt wird, die Maschine für seine Zwecke zu verwenden. Z.B. der Vermieter einer Dreschmaschine schickt einen Maschinisten, der die Maschine in Gang setzt und weitere Leute, welche dem Mieter bei dem Betrieb der Maschine behilflich sind. Das Ingangsetzen und der technische Betrieb der Maschine ist eine Nebenverpflichtung innerhalb des eigentlichen Mietvertrages in der Form eines Werkvertrages. Soweit die Leute des Vermieters bei dem wirtschaftlichen Einsatz der Maschine behilflich sind, liegt Dienstverschaffung vor. Wird eine Maschine nur von einer Person bedient, so zeigt sich die Trennung der Funktionen noch deutlicher: Der Vermieter eines Omnibus mit Fahrer hat das Fahrzeug in einem gebrauchsfähigen Zustand zu erhalten, sodaß infolge der Benutzung dem Mieter und dessen Fahrgästen kein Schaden an Körper und Eigentum entsteht. Dazu gehört Fahrbereitschaft und Sicherheit des Fahrzeugs. Der Vermieter hat somit Bremsen und Reifen zu kontrollieren, Wasser nachzufüllen oder den leeren Öltank verlöten zu lassen. Zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit bedient er sich des Chauffeurs. Während der Chauffeur in Bezug auf die genannten Verpflichtungen den Weisungen des Mieters nicht unterliegt, bestimmt der Mieter über Fahrzeit, Fahrtziel, Geschwindigkeit, Aufenthalte etc. nur insoweit liegt Dienstverschaffungsvertrag vor.
- 144) Vgl. RG G r u c h Arch.61,633; RG LZ 1916 S.235 Nr.11 OLG (Marionwerder) S e u f f Arch.58 Nr.168 S.315 Schl.Holst.OLG D Rspr.I 138 Blatt 65
- 145) J a e r i s c h a.a.O. S.1 ff.
- 146) RG Nr.26 Nr.11; LG Hannover, Vers 4 52,437.

bei den zu a) bis c) beschriebenen Tatbeständen geht der Wille der Parteien nicht darauf aus, zwei getrennte Verträge abzuschließen; sondern beide verschiedenen Bestandteile - Gebrauchsüberlassung der Sache und Dienstverschaffung - verschmelzen zu einer einheitlichen Leistung, welcher ein einheitliches Entgelt des Mieters und Verschaffungsgläubigers gegenübersteht.

Es handelt sich somit um einen echten gemischten Vertrag, der mit E n n e c c e r u s - L e h m a n n als "Kombinations- oder Zwillingsvertrag" ¹⁴⁷⁾ zu bezeichnen ist.

147) a.a.O. § 100 B 1 - 3.

Über die Anwendbarkeit der "Absorptionstheorie" (Lotmar, Arbeitsvertrag, Bd.I S.178), der "Kombinationstheorie" (H o e n i g e r, Grundformen, S.139) und des "Analogieverfahrens", vgl. E n n e c c e r u s - L e h m a n n, a.a.O. S.387 ff.

III. hauptteil.

A)

Das Rechtsverhältnis zwischen Verschaffungs-
schuldner und Dritten.

§ 5. Einteilung der am Dienstverschaffungsverhältnis beteiligten Arbeitnehmer.

Entsprechend der vorgenommenen Gliederung in unechte und
echte Dienstverschaffungsverträge, lassen sich die dabei
eingesetzten Arbeitnehmer als "Unternehmerarbeiter" und
"Leinarbeiter" eingruppieren.

- 1., Nach der Definition bei B o b r o w s k i - G a u l 148:
sind Unternehmerarbeiter Arbeitnehmer, welche als Er-
füllungsgehilfen ihres Arbeitgebers in einem fremden
Betrieb tätig werden. Sie erfüllen dort nicht eine Ar-
beitsaufgabe des Betriebsunternehmers, sondern die ihre
eigenen Arbeitgebers. Dabei ist jedoch zu beachten, daß
die von innen zu erbringende Arbeitsleistung von ihrem
Arbeitgeber dem anderen Unternehmer entweder aufgrund
eines unechten Dienstverschaffungsvertrages oder eines
W e r k v e r t r a g e s geschuldet werden kann. Die
zweite Form des unternehmerarbeiters scheidet deshalb
aus dem Kreis unserer Betrachtungen aus. 149)
"Unternehmerarbeiter" im Sinne dieser Abhandlung sind so-
mit diejenigen Arbeitnehmer, welche aufgrund eines un-
echten Dienstverschaffungsvertrages im Betrieb, Haushalt
oder an einer sonstigen Arbeitsstätte des Verschaf-
fungsgläubigers tätig werden. 150)

- 148) a.a.O. S.53 ff., ebenso B o b r o w s k i, a.a.O.S.
H ä u s l e r - N e i t z e l, ARKartei Bl."Leih-
arbeiter-Einzelfälle"; E n d e m a n n, BB 51 S.788.
149) Vgl. oben S.12 ff.
150) A.A. B e i n e, Diss.S.20 ff., wonach Unternehmer-
arbeiter alle diejenigen Arbeitnehmer sind, welche
in einem fremden Betrieb auf Weisung eines anderen
Arbeitgebers beschäftigt werden. zur Begründung
stellt B e i n e auf den Sprachgebrauch der Arbeit-
nehmer ab. Damit würde der Begriff Unternehmerarbei-
ter für die rechtsterminologie unbrauchbar, denn es
würden auch die Leinarbeiter darunter fallen. Ebenso
n ö c k e r, RdA 54,127; B e i n e, DAR 37,18 ff.

2., Als "Leiharbeiter" werden diejenigen Arbeitnehmer bezeichnet, welche ihre Arbeitskraft aufgrund eines echten Dienstverschaffungsvertrages einem fremden Arbeitgeber zur Verfügung stellen. ¹⁵¹⁾

Der Begriff ist aus mehreren Gründen irreführend und deshalb "unschön". ¹⁵²⁾

L e i h e im Sinne des BGB beinhaltet die vorübergehende unentgeltliche Überlassung einer **S a c h e** zum Gebrauch. Zum Wesen einer Sache gehört ein dingliches Verfügungsrecht des Eigentümers daran. Das Verfügungsrecht eines Arbeitgebers und die Gehorsamspflicht des Arbeitnehmers beruhen dagegen nicht auf einem sachenrechtlichen Verhältnis zum Körper des Arbeitnehmers ¹⁵³⁾, sondern auf dem durch freien Willensentschluß entstandenen Arbeitsverhältnis.

Der Begriff "Leiharbeiter" ist auch deshalb ungenau, weil Leihe Unentgeltlichkeit voraussetzt und weil nicht nur Arbeiter in der arbeitsrechtlichen Bedeutung, sondern auch Angestellte und andere Arbeitnehmer in leitenden Stellungen "ausgeliehen" werden können. ¹⁵⁴⁾

Wegen einer tatsächlich bestehenden wirtschaftlichen Verwandtschaft mit der Leihe und Miete und wegen seines Einganges in Literatur und Rechtsprechung ¹⁵⁵⁾ soll der Begriff "Leiharbeiter" auch in dieser Abhandlung

151) Vgl. RAG DR 1940 S.1788; unklar wegen der Verwendung des Begriffes "verleihen" in der Definition: BGH, BB 53,202.

152) So **S c h n o r r** von **C a r o l s f e l d**, a.a.O. S.24 Anm.1

153) **S c h n o r r** von **C a r o l s f e l d**, a.a.O. S.162 b.

154) Vgl. **T r i e s c h m a n n**, DB 1956 Beil.16

155) Vgl. z.B. **H u e c k - N i p p e r d e y**, a.a.O. Bd.I S.473; **N i k i s c h**, a.a.O. Bd.I S.215 ff.; RAGS 15 S.123; BGH, BB 1953 S.202; **F o r k e l**, in ARBlattei D III "mittelbares Arbeitsverhältnis" **M a u r e r**, ebenda D I "Leiharbeitsverhältnis"; vgl. auch oben S.39 und 41.

unter obigen Vorbehalten verwendet werden. ¹⁵⁶⁾

Je nach Motiv und Häufigkeit der Abstellung lassen sich folgende Gruppen von Leiharbeitern unterscheiden:

- a) Gewöhnlich tritt ein Arbeitnehmer in den Dienst eines Arbeitgebers, um ausschließlich für diesen Arbeit zu leisten und in oder für dessen Betrieb verwendet zu werden. Der Arbeitgeber beabsichtigt bei Eintritt des Arbeitnehmers meist noch gar nicht, denselben später aufgrund eines Dienstverschaffungsvertrages "auszuleihen". Nach Eintritt in den Betrieb wird der Arbeitnehmer dann aus innerbetrieblichen ¹⁵⁷⁾ oder allgemeiner wirtschaftlichen Gründen vorübergehend einem anderen Unternehmer zur Verfügung gestellt. Nach Beendigung der Dienstverschaffung kehrt der Arbeitnehmer in den ersten Betrieb zurück und nimmt dort die Arbeit wieder auf.

Man spricht hier von einem "echten" Leiharbeiter. ¹⁵⁸⁾

- b) Treten Arbeitnehmer zum Verschaffungsschuldner von Anfang an mit der Maßgabe in arbeitsvertragliche Beziehungen, daß sie zum Teil für ihn, zum anderen Teil für jeweils erst zu bestimmende Verschaffungsgläubiger zu arbeiten haben, so werden sie als "unechten" Leiharbeiter bezeichnet. ¹⁵⁹⁾ Diese Arbeitnehmer werden

156) Teilweise wird in der Literatur der Begriff "Leiharbeiter" auch auf die aufgrund eines unechten Dienstverschaffungsvertrages Beschäftigten angewandt, z.B. bei V o l m e r, a.a.O. S.67 Anm.12, für eine Weiterverwendung des Begriffes auch G r a n d, a.a.O. S.5.

157) Den typischen Fall eines "echten" Leiharbeitsverhältnisses behandelt das nicht-veröffentlichte Urteil des Arbeitsgerichts K r e f e l d 1 Ca 49/56. Dort wurde ein Verwaltungsangestellter eines Privatbahnbetriebes bei vorübergehendem Erliegen des Verkehrs einem Omnibusbetrieb zur Verfügung gestellt und später wieder in den ersten Betrieb eingegliedert.

158) B e i n e, Diss.S.11 ff.; B o b r o w s k i - G a u l, a.a.O. S.54; T r i e s c h m a n n, DB 56 Beil.16; E n d e m a n n, BB 51 S.786; M a u r e r, ARBlattei, D I "Leiharbeitsverhältnis".

159) B e i n e, Diss.S.11 ff., 12.

je nach Auftragslage überwiegend in ihrem Stammbetrieb oder in ständig wechselnden anderen Betrieben beschäftigt. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn sich eine Verleihung aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses ergibt, z.B. bei dem Bedienungspersonal von Omnibussen, Schiffen oder Flugzeugen.

- c) B e i n e ¹⁶⁰⁾ unterscheidet noch eine weitere Form: Hier stellt der Verschaffungsschuldner die Arbeitnehmer zwar im eigenen Namen ein; er tritt jedoch zu ihnen nur zu dem Zweck in arbeitsvertragliche Beziehungen, um sie anderen Arbeitgebern zur Verfügung zu stellen. ¹⁶¹⁾ Sie werden also nie im eigenen Betrieb des Verschaffungsschuldners verwendet. Falls der Verschaffungsschuldner überhaupt einen eigenen Betrieb hat, unterhält er daneben ein Organisationsbüro, von welchem aus er die Arbeitnehmer vermittelt. ¹⁶²⁾ Während also die unechten Leiharbeiter noch einen Stammbetrieb haben, zu welchem sie zeitweilig immer wieder zurückkehren, werden die der dritten Gruppe angehörigen Arbeitnehmer berufsmäßig ausgeliehen. Sie sind deshalb als " B e r u f s l e i h a r b e i t e r " zu bezeichnen. ¹⁶³⁾

Zu den Berufsleiharbeitern gehören auch die sogenannten "unständigen Hafenarbeiter", nach Inkrafttreten des "Bundesgesetzes über die Schaffung eines besonderen Arbeitgebers für Hafenarbeiter (Gesamthafenbetrieb)" vom 3.8.1950. Bis dahin standen die Hafenarbeiter bald dem einen, bald dem anderen Hafenbetrieb auf Abruf zur Verfügung, ohne aufgrund eines festen Beschäftigungsverhältnisses Anspruch auf Urlaub, Kündigungsschutz oder Wahlrecht zum Betriebsrat zu haben. Das Gesetz sieht die Bildung eines Arbeitgebers

160) B e i n e, Diss.S.11 ff., 12.

161) B e i n e, Diss. S.12.

162) Vgl. Urteil des Schöffengerichts M a n n h e i m, Az 2 Ms 62/58, SG 6 - 96/58. (nicht veröffentlicht)

163) Der Ausdruck stammt von B e i n e, Diss.S.12. A.A. S a v a e t e, der den Ausdruck "leiharbeitnehmer-ähnliche Personen" vorschlägt, ArbUR 1959, S.10,.

in der Form der Gesamthafenbetriebe vor.¹⁶⁴⁾ Die Gesamthafenarbeiter werden von dem rechtsfähigen Gesamthafenbetrieb eingestellt, um von dort an die Einzelbetriebe zur Verfügung gestellt zu werden.

§ 6. Leih- und Unternehmerarbeitsverhältnisse und das Vermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung.

Nach § 35 der Neufassung des Gesetzes über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 1.4.1957 (AVAVG), steht die Arbeitsvermittlung ausschließlich der Bundesanstalt zu. Der § 37 Abs.1 AVAVG enthält eine gesetzliche Definition der Arbeitsvermittlung als "Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, arbeitssuchende Arbeitnehmer mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen zusammenzuführen."

Nach Abs.3 " g i l t " als Arbeitsvermittlung ferner die "Zuweisung von Arbeitnehmern, deren Arbeitskraft der Zuweisende regelmäßig dritten Personen für eine Beschäftigung zur Verfügung stellt, ohne selbst die Arbeit auf eigene Rechnung ausführen zu lassen und ohne selbst die Ausrüstung mit den erforderlichen Werkzeugen für die zugewiesenen Arbeitskräfte zu übernehmen." ¹⁶⁵⁾

Nach Abs.5 liegt jedoch dann keine unzulässige Arbeitsvermittlung vor, wenn "im Einzelfall, gelegentlich und unentgeltlich Arbeitskräfte zur Einstellung empfohlen werden." Letztlich bestimmt § 210 Abs.2 AVAVG, daß ein vorsätzlicher Verstoß gegen das Vermittlungsmonopol bei Gewerbsmäßigkeit als Vergehen mit Gefängnis zu bestrafen ist.

164) Das Gesetz sieht vor, daß die Einzelbetriebe eines Hafens, bei welchem die Arbeiter beschäftigt werden, sich zu einem Gesamthafenbetrieb in der Form eines rechtsfähigen Vereins oder Genossenschaft zusammenschließen. Der Gesamthafenbetrieb übernimmt die Funktion des Arbeitgebers; vgl. W i e b e l , Gesamthafenbetriebe, RdA 1953 S.291 ff.

165) Der Gesetzestatsbestand wurde zugunsten des staatlichen Vermittlungsmonopols immer mehr erweitert. Unter der Geltung des § 48 Abs.4 des Arbeitsnachweisgesetzes vom 22.7.22 galt die "gewerbsmäßige" Zuweisung als unzulässige Arbeitsvermittlung. Aufgrund der Notverordnung vom 6.10.1931 galt auch das nur vorübergehende Zurverfügungstellen als unzulässige Arbeitsvermittlung.

Die Folge ist, daß alle Rechtsgeschäfte, welche gegen die §§ 35,37 AVAVG verstoßen, nichtig sind. Das ergibt sich aus dem Zweck des staatlichen Vermittlungsmonopols, eine ständige Kontrolle über den Arbeitsmarkt zu gewinnen ¹⁶⁶⁾ und den Arbeitnehmer vor häufig wechselnden Arbeitsverhältnissen (Fluktuation) zu schützen. ¹⁶⁷⁾

1. Anwendung auf die unechten Dienstverschaffungsverträge:

Beim unechten Dienstverschaffungsvertrag läßt der Verschaffungsschuldner die zu erbringende Arbeitsleistung durch einen Dritten, also im Verhältnis zu diesem auf eigene Rechnung ausführen. ¹⁶⁸⁾ Der § 37 Abs.3 AVAVG fordert jedoch darüber hinaus zusätzlich die Ausrüstung mit eigenen Werkzeugen.

Die Junktimsklausel kann zu unbilligen Ergebnissen führen, denn es gibt einmal Arbeitsleistungen, welche ihrer Natur nach ohne Werkzeuge erbracht werden, z.B. die Tätigkeit einer Masseuse; andererseits kann auch bei Nichtgestellung von Werkzeug eine Arbeitsleistung auf eigene Rechnung des Verschaffungsschuldners vorliegen. Z.B. ein Doktorand läßt Schreibarbeiten durch ein Schreibbüro, jedoch auf seiner eigenen Maschine ausführen. Nach dem Gesetzeswortlaut würde hier eine unzulässige "Arbeitsvermittlung" durch das Schreibbüro vorliegen, obwohl der Arbeitsmarkt und die arbeitsrechtliche Stellung der Büroangestellten durch die Verwendung einer bürofremden Maschine nicht beeinflußt sein können. Ein derartiger Eingriff in die vertragliche Gestaltungsfreiheit steht mit dem Sinn und Zweck des AVAVG nicht in Einklang. Deshalb ist anzunehmen, daß das Tatbestandsmerkmal der Ausrüstung als subsidiärer Unterfall

166) Vgl. Hueck - Nipperdey, a.a.O. Bd.I S.151 f. Rüdiger, a.a.O. Arbeitsamt, 1956 S.122.

167) Vgl. 11 BA- 23/58.1 vom 16.1.1958 (DBI.A.S.25) bei Berndt - Draeger, a.a.O. § 37 AVAVG.

168) Vgl. oben S.24 ff.

des Hauptmerkmals "Ausführung auf eigene Rechnung" zu lesen ist. ¹⁶⁹⁾

Eine unzulässige Arbeitsvermittlung kann also nur dann angenommen werden, wenn der Zuweisende die Arbeiten entweder nicht auf eigene Rechnung ausführt oder die Arbeitskräfte nicht wenigstens mit Werkzeugen und Arbeitsmaterial ausstattet.

2. Anwendung auf die verschiedenen Formen von Leiharbeitsverhältnissen:

a) Der "Berufsleiharbeiter" wird von dem Verschaffungsschuldner nur zu dem Zweck "eingestellt", um für den Verschaffungsgläubiger zu arbeiten. ¹⁷⁰⁾ Der Verschaffungsschuldner ist deshalb als Arbeitsvermittler anzusehen. Seine Tätigkeit fällt bereits unter § 37 Abs.1 AVAVG. ¹⁷¹⁾

Eine Ausnahme besteht nur für die Tätigkeit der Gesamthafenbetriebe, denn das Bundesgesetz über die Schaffung eines besonderen Arbeitgebers vom 3.8.1950 konnte als früheres, spezielleres Gesetz nicht durch das spätere, allgemeinere AVAVG aufgehoben werden.

Somit bleibt die Zuweisung von Hafenarbeitern an Reedereien durch die Gesamthafenbetriebe zulässig. ¹⁷²⁾

b) Unechte und echte Leiharbeiter werden aufgrund echter Dienstverschaffungsverträge, also auf Rechnung und Risiko des Verschaffungsgläubigers beschäftigt. Da erstere regelmäßig ausgeliehen werden, sind unechte Leiharbeitsverhältnisse aufgrund § 37 Abs.3 AVAVG grundsätzlich unzulässig. ¹⁷³⁾

169) Zum selben Ergebnis kommt ohne Angabe einer Begründung K r e b s, a.a.O., welcher anstelle des Wortes "und" das Wort "oder" verwendet. In ähnlicher Weise legte auch das Schöffengericht Mannheim AZ Ms 62/58 SG 6 - 96/58 (S.4 der Urteilsabschrift) das Schwergewicht auf d.Merkm. "eigene Rechnung".

170) Vgl. oben S.51 c).

171) Vgl. unter der Gelt. des Ges.üb.Arb.Vermittl., Berufsberatung und Lehrst.Vermittl.v.3.11.35 B e i n e, a.a.O.S.135ff

172) Ebenso K r e b s, a.a.O. § 37, Anm.8.

173) Vgl. B o b r o w s k i - G a u l, a.a.O.S.52, sowie Erlaß d.Präsidenten d.Bundesanst.v.16.1.1958, I a 3 5197.

Auch bei der häufigen Erscheinungsform der Vermietung von Produktionsstätten oder Maschinen, kombiniert mit einem echten Dienstverschaffungsvertrag, wird die Arbeitsleistung auf Rechnung und Risiko des "Mieters" vorgenommen. Der Wortlaut des § 37 Abs.3 kennt keine Ausnahme. Das hätte zur Folge, daß z.B. bei Beschäftigungsmangel des Schiffseigners dieser seine Bedienungsmannschaft entlassen müßte; der Mieter müßte sie auf die Zeit der Miete anheuern, nach Vertragsablauf würde entweder der Eigner oder ein anderer Mieter die Leute unter Arbeitsvertrag nehmen. Dabei ist es für die arbeitsrechtliche Stellung des Schiffsmannes gleichgültig, ob er auf demselben Schiff, unter den gleichen Arbeitsbedingungen z.B. Öl für den Reeder X oder den Schiffsmieter Y transportiert. Die Anwendung des § 37 AVAVG hätte somit für die oben, S.46 b) und c) dargestellten Fälle zur Folge, daß die Fluktuation des Arbeitsverhältnisses eintreten würde, deren Vermeidung das Gesetz bezweckt. 174)

Eine brauchbare Lösung kann nur gefunden werden, wenn man mit K r e b s, Anm.8, das Wort "und" im Abs.3 des § 37 AVAVG als redaktionelles Versehen, durch "oder" ersetzt: Der Verschaffungsschuldner übernimmt zwar nicht die Arbeit auf eigene Rechnung, er stellt aber die "Werkzeuge" in Form von Arbeitsgeräten und Produktionsstätten.

Echte Leiharbeitsverhältnisse sind dagegen in jedem Falle zulässig. 175)

174) Zum selben Ergebnis kommt man, wenn man aufgrund der Absorptionstheorie die Sachmiete in den Vordergrund stellt.

Vgl. oben S.48.

175) Ebenso B o b r o w s k i - G a u l, a.a.O. S.52.

§ 7. Das Deckungsverhältnis zwischen Verschaffungsschuldner und Dritten.

Bisher wurde nur von den Rechtsbeziehungen zwischen Verschaffungsschuldner und Verschaffungsgläubiger, als dem Kristallisationspunkt des Dienstverschaffungsverhältnisses gesprochen. Um eine klare Abgrenzung zu den übrigen Bestandteilen des Dienstverschaffungsverhältnisses zu gewinnen, wurde dabei bewußt noch nicht auf die Rechtsstellung des Dritten eingegangen. Das Vorhandensein eines arbeitsbereiten Dritten wurde bisher vielmehr unterstellt. Nachdem die gegenseitigen Verpflichtungen der Partner unseres Vertrages im wesentlichen feststehen, wird es bei diesem Stand der Untersuchungen erforderlich, die Einwirkungen des Dienstverschaffungsvertrages auf den Dritten und dessen Rechtsstellung innerhalb des Vertragsverhältnisses darzustellen, denn auf seine ausschließliche Arbeitsleistung bezieht sich der Dienstverschaffungsvertrag.

Wenn der Verschaffungsschuldner sich nach außen hin verpflichtet, daß er, durch den Dritten oder der Dritte selbst eine Arbeitsleistung erbringe, so muß er im Innenverhältnis eine entsprechende Verfügungsmacht über den Dritten erlangen, welche ihm erst die Erfüllbarkeit des Dienstverschaffungsvertrages ermöglicht. 176) Es muß also eine eigene, selbständige Verpflichtung des Dritten zur Arbeitsleistung zur Entstehung gelangen.

B r o c k m a n n 177) versucht die Verpflichtung des Dritten über das Rechtsinstitut der sogenannten "Verträge zu Lasten Dritter" zu konstruieren: Schon die Bezeichnung

176) Fehlt es an der Verfügungsmacht über den Dritten, so liegt bezüglich des Dienstverschaffungsvertrages entweder ein ursprüngliches Unvermögen oder ursprüngliche Unmöglichkeit seitens des Verschaffungsschuldners vor.

177) a.a.O. S.117.

ist irreführen. Bei einem "Vertrag zu Lasten Dritter" verspricht jemand im eigenen Namen die Leistung eines Dritten dergestalt, daß dieser unmittelbar selbst verpflichtet werden soll. ¹⁷⁸⁾ Der echte Vertrag zu Lasten Dritter ist somit das Gegenstück zum berechtigenden Vertrag zu Gunsten Dritter. Während bei letzterem der Dritte einen unmittelbaren Anspruch gegen den Versprechenden erlangt, nur weil die Parteien dies wollen, kann bei ersterem eine unmittelbare Belastung bzw. Verpflichtung des Dritten gegenüber dem Versprechensempfänger (hier: Verschaffungsgläubiger) nicht entstehen, denn rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse können nur durch Vertrag begründet werden; daran muß der verpflichtete Teil in irgend einer Form willensmäßig beteiligt sein. ¹⁷⁹⁾ (§ 305 BGB). Deshalb kann der Dienstverschaffungsvertrag für sich allein keine Verpflichtung des Dritten zum Entstehen bringen. ¹⁸⁰⁾ ¹⁸¹⁾

178) E n n e c c e r u s - L e h m a n n, Bd.II § 34 V, mit weiteren Literaturhinweisen.

179) S t a u d i n g e r - N i p p e r d e y - M o h n e n, a.a.O. § 613 II 6.

180) L u d e w i g, a.a.O. S.3 ff., 17 versucht das Rechtsinstitut des Vertrages zu Lasten Dritter unter analoger Anwendung der §§ 182 ff. BGB unter Einführung der sogenannten "Verpflichtungsermächtigung" zu halten. Er geht davon aus, daß der Dritte den Versprechenden entweder im Voraus ermächtigen könne oder nachträglich seine Genehmigung zum Vertrag erteilen könne, sodaß dieser, bisher schwebend unwirksam, nunmehr wirksam werde. Damit wird aber gerade bewiesen, daß die Belastung nicht auf Grund des Ausgangsvertrages, sondern durch die rechtsgeschäftliche Zustimmung des Dritten eintritt. Davon scheint auch B r o c k m a n n auszugehen, wenn er annimmt, daß die Verpflichtung eines Impressario gegenüber einem Veranstalter nur mit Zustimmung des Künstlers erfüllt werden könne. Vgl. auch RG 80,395.

181) Daneben sind auch gesetzliche Verpflichtungen denkbar. Da es sich hierbei jedoch meist um öffentlich-rechtliche Vorschriften handelt, braucht in diesem Zusammenhang nicht darauf eingegangen zu werden. Vgl. oben S.9 f.

Vielmehr bedarf es eines Vertrages zwischen Verschaffungsschuldner und Dritten, aus welchem ersterer die Befugnis zur Verfügung über die Arbeitskraft des Dritten ableitet.

Gewöhnlich besteht zwischen Verschaffungsschuldner und Arbeitnehmer bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Dienstverschaffungsvertrages ein Arbeitsvertrag. ¹⁸²⁾

Es soll deshalb zunächst untersucht werden, ob der Arbeitsvertrag den Verschaffungsschuldner ermächtigt, im Wege eines Dienstverschaffungsvertrages über die Arbeitsleistung des Dritten zu verfügen.

Auf Grund des Arbeitsvertrages stehen dem Verschaffungsschuldner als Arbeitgeber folgende Hauptansprüche zu:

1. Er bekommt einen Anspruch auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, welcher sich mit seinem "ganzen Können und Wollen" ¹⁸³⁾, also mit seiner Persönlichkeit zur Verfügung zu stellen hat. Die Folge ist, daß der Arbeitgeber die Arbeitskraft im Rahmen des Vertrages und der Gesetze für seine eigene wirtschaftliche Planung verwenden kann und ihm das Recht am Arbeitsergebnis zusteht. Durch den Einsatz der ganzen Persönlichkeit des Arbeitnehmers entsteht ein Abhängigkeitsverhältnis, das sich neben der Treue- und Fürsorgepflicht in besonderen persönlichen Bindungen der Vertragspartner äußert. Die Bestimmungen des Schuldrechts sind auf das Arbeitsverhältnis deshalb nur unter Berücksichtigung der personenrechtlichen Komponente anzuwenden. ¹⁸⁴⁾

¹⁸²⁾ So in den obigen Ausgangsbeispielen der Entsendung eines Packers und der Abstellung eines Arbeitnehmers an ein Versandhaus.

¹⁸³⁾ Schönorr von Carolsfeld, a.a.O. S.162 A.I.1.a.

¹⁸⁴⁾ Jedoch begründet das Arbeitsverhältnis kein dem früheren Gesinderecht ähnliches "personenrechtliches Unterordnungsverhältnis", so Schönorr von Carolsfeld, a.a.O. S.162 b. Vgl. auch Hueck-Nippes, a.a.O., Bd.I S.118 die von einem "personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis" sprechen. A.A. Schönorr von Carolsfeld, a.a.O., der den Arbeitsvertrag zu den schuldrechtlichen Verträgen mit personenrechtlichen Bestandteilen zählt.

Dem Gedanken der Höchstpersönlichkeit trägt für das Arbeitsrecht ¹⁸⁵⁾ § 613 Satz 2 Rechnung, wonach der Anspruch auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar ist.

Deshalb kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gegen dessen Willen durch Übertragung des Anspruches auf Arbeitsleistung nicht einen neuen Arbeitgeber aufzwingen.¹⁸⁶⁾

Die fortschreitende Tendenz zum Großbetrieb hat es mit sich gebracht, daß eine persönliche Bindung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer häufig nicht zustande kommen kann. So wurde kürzlich durch eine Repräsentativbefragung des E m n i d - Institutes für Meinungsforschung festgestellt, daß mehr als 50% der Arbeitnehmer in der Bundesrepublik ihren Arbeitgeber nicht persönlich kennen.¹⁸⁷⁾ Durch diesen Umstand ist aber nicht etwa eine Entpersönlichung des Arbeitsverhältnisses eingetreten mit der Folge, daß der Anspruch auf Arbeitsleistung gegenüber den betreffenden Arbeitnehmern übertragbar würde. Der Schwerpunkt der persönlichen Beziehungen hat sich nur verlagert: Während z.B. das Arbeitsverhältnis des Privatchauffeurs oder der Hausangestellten auf die P e r s o n des Arbeitgebers ausgerichtet ist, tritt an dessen Stelle beim Fabrikarbeiter der B e t r i e b.

Als Inbegriff von Gebäuden, Maschinen und der daran beschäftigten Arbeitskollegen und Vorgesetzten bildet der Betrieb den Schwerpunkt des Arbeitslebens des Arbeitnehmers und ist deshalb Inhalt und Ziel seiner persön-

185) Vgl. H u e c k - N i p p e r d e y , a.a.O. Bd.I S.117, 118.

186) Vgl. S t a u d i n g e r - N i p p e r d e y - M o h n e n , a.a.O. § 613 Anm.14.

187) Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 20.7.1959.

lichen Bindung ¹⁸⁸⁾ So hätte es auf das Arbeitsverhältnis eines Fabrikarbeiters kaum einen Einfluß, wenn der Alleininhaber sämtlicher Anteile der Aktiengesellschaft sein Paket verkauft und an dessen Stelle ein anderer Inhaber tritt. Andererseits würde es eine einschneidende Veränderung des Arbeitsverhältnisses darstellen, wenn der ursprüngliche Inhaber die Nachfolge des Arbeitnehmers in einen neuen Betrieb verlangen könnte.

Somit ist mit S c h n o r r von C a r o l s f e l d folgendes Ergebnis festzuhalten:

Auf Grund des Arbeitsvertrages ist der Anspruch auf die Arbeitsleistung " gerade auf die P e r s o n d i e s e s A r b e i t g e b e r s und auf die Verhältnisse in diesem bestimmten Betrieb abgestellt, in welchen der Arbeitnehmer eintreten wollte und nicht auf andere Verhältnisse. " ¹⁸⁹⁾

2. Neben dem Anspruch auf die Arbeitsleistung und dem Recht am Arbeitsergebnis ist das Weisungsrecht des Arbeitgebers eine weitere, für das Arbeitsverhältnis charakteristische Befugnis. ¹⁹⁰⁾ Es bedeutet das Recht die in Arbeitsvertrag, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung noch nicht

188) Vgl. W i k i s c h , BB 1950 S.538; O e h m a n n , AR - Blattei "Direktionsrecht und Gehorsampflicht"; RAG AS 40 S.68; RAGS Bd.45 S.41.

Bei Großbetrieben ist deshalb in Abweichung von der gesetzlichen Auslegungsregel des § 613 davon auszugehen, daß der Arbeitnehmer bei einem Wechsel des Betriebsinhabers ohne weiteres dem neuen Betriebsinhaber zu leisten bereit ist; denn es kann unterstellt werden, daß der Arbeitnehmer auf einem bestimmten Arbeitsplatz unter bestimmten Arbeitsbedingungen tätig werden will, ohne daß es ihm dabei auf die Person des Betriebsinhabers ankommt; so BAG, AP Nr.1 zu § 613; ebenso im Ergebnis G r e l l , a.a.O. 149, 154.

189) a.a.O. S.299 B.I.1.b.

190) H u e c k - N i p p e r d e y , a.a.O. Bd.I S.35 ff., 105 ff. LAG B r e m e n , 14.1.1959, DB 1959 S.407; demgegenüber sieht M o l i t o r , RdA 1959 S.3 ff. in dem Direktionsrecht nur eine Folge der Abhängigkeit des Arbeitnehmers.

geregelten Einzelheiten in Bezug auf die einzelnen Dienstleistungen zu konkretisieren.¹⁹¹⁾ Dazu gehört auch die Bestimmung des Arbeitsplatzes innerhalb des Betriebes und die Art der für den Betrieb zu leistenden Arbeiten. Das Weisungsrecht wurzelt in der Befugnis des Arbeitgebers, seinen Betrieb nach eigenem Ermessen einzurichten und zu organisieren. Im Arbeitsvertrag hat sich der Arbeitnehmer insoweit dem Willen des Betriebsinhabers unterstellt und ihm die Bestimmung der Arbeitsleistung im einzelnen überlassen (§ 315 BGB).¹⁹²⁾

Während also der Anspruch auf die Arbeitsleistung das " O b " bestimmt, enthält das Direktionsrecht das " W i e " die Arbeit zu leisten ist.

Das Direktionsrecht kann nicht nur begrifflich, sondern auch nach der Person seines Trägers vom Anspruch auf die Arbeitsleistung getrennt werden. Während das Recht auf Arbeitsleistung infolge der Höchstpersönlichkeit des Anspruches grundsätzlich nur dem Arbeitgeber als Partner des Arbeitsvertrages zusteht, kann die Befugnis zur Ausübung des Weisungsrechtes auf Dritte übertragen werden.

So ist ein zwar rechtsfähiger, aber geschäftsunfähiger Arbeitgeber nicht in der Lage einem Arbeitnehmer bindende Weisungen zu erteilen. Das besorgt dessen Vormund oder Geschäftsführer. Dieselbe Erscheinung ergibt sich bei juristischen Personen, welche als gedachte Rechtssubjekte nicht selbst Weisungen erteilen können. Ausübender des Direktionsrechtes ist infolgedessen nicht der "abstrakte", sondern der "konkrete" Arbeitgeber.¹⁹³⁾

191) Im Arbeitsvertrag und Tarifvertrag ist meist nur der Rahmen festgelegt, so S c h n o r r von C a r o l s f e l d, a.a.O. S.111 C.I.1; vgl. auch N i k i s c h, BB 1950 S.538 ff., und 763 ff., sowie LAG D i s s e l d o r f, AP Nr.1 "Direktionsrecht".

192) Vgl. G a l p e r i n, DB 1952 S.186.

193) M o l i t o r, DB 1960 S.28 I, unter Hinweis auf T i t z e, in E h r e n b e r g 's Handbuch des Handelsrechts, II S.545.

In Großbetrieben wird das Direktionsrecht nicht stets vom Inhaber des Anspruchs auf Arbeitsleistung selbst ausgeübt, sondern auch andere Personen nach Sachgebieten "delegiert".

Auch eine Vereinbarung über die Ausübung des Weisungsrechts zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist möglich. 194)

Bei sämtlichen Übertragungsformen des Direktionsrechts ist jedoch zu beachten, daß es grundsätzlich nur innerhalb des durch den Arbeitsvertrag gegebenen Rahmens ausgeübt werden kann. 195) Es steht somit immer in Funktion zu dem Anspruch auf die Arbeitsleistung. Das Weisungsrecht kann deshalb gegen den Willen des Arbeitnehmers nicht soweit ausgedehnt werden, daß seine Übertragung der Gestellung eines neuen Arbeitgebers gleichkäme. Es beschränkt sich somit nur auf den örtlichen und funktionellen Bereich des Betriebes. 196) 197)

3. Die gewonnenen Erkenntnisse ermöglichen es, nun eine brauchbare Lösung der eingangs gestellten Frage zu finden, inwieweit der Arbeitgeber auf Grund des Arbeitsvertrages ermächtigt ist, den Dritten bindende Dienstverschaffungsverträge abzuschließen.

a) Der unechte Dienstverschaffungsvertrag wurde oben als ein durch Dritte zu erfüllender Dienst- oder Arbeits-

194) V o l l t o r, DB 1960 S.28 I.

195) S c h n o r r von C a r o l s f e l d, a.a.O. S.111 C.I.1.

196) Vgl. H o f r i c h t e r, a.a.O. S.199; D i e n s t a g, WZArbR 1929 S.467 f.; a.A. RG, Bd.170 S.218,219 wonach auf Grund des Direktionsrechts ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer für Arbeiten, welche funktionell zu anderen Betrieben gehören, abstellen könne.

197) Dem Gesichtspunkt der Beschränkung des Weisungsrechts war bei den oben erwähnten Beispielen Rechnung getragen, denn der "konkrete" Arbeitgeber übte das Direktionsrecht entweder als Stellvertreter des "abstrakten" Arbeitgebers aus, oder er konnte, soweit er im eigenen Namen handelte, nur Leistung an den "abstrakten" Arbeitgeber verlangen.

vertrag definiert. Der Dritte seinerseits steht zum Schuldner des unechten Dienstverschaffungsvertrages in einem Arbeitsverhältnis, so daß er die im Betrieb anfallenden Arbeiten zu erledigen hat. Zum Betrieb eines Spediteurs oder einer Montagefirma gehört es, daß die darin beschäftigten Arbeitnehmer auch außerhalb des eigentlichen Betriebssitzes tätig werden. Arbeitgeber bleibt trotzdem der Speditionsunternehmer oder der Inhaber der Montagefirma. Lediglich der Erfüllungsort ist verlegt worden. 198) Zwar übt der Verschaffungsgläubiger ein Weisungsrecht gegenüber dem Unternehmerarbeiter aus; das darf aber nicht zu dem Schluß verleiten, daß eine unzulässige Auswechslung des Arbeitgebers stattgefunden hätte. Der Verschaffungsschuldner hat sich auf Grund des unechten Dienstverschaffungsvertrages zur Erbringung einer Arbeitsleistung durch Dritte verpflichtet. Deshalb steht dem Verschaffungsgläubiger als Empfänger der Arbeitsleistung ein Weisungsrecht zu. Da der Verschaffungsschuldner die Dienstleistung nicht persönlich erbringt, gibt er die an ihn gerichteten Weisungen als Arbeitgeber an den Unternehmerarbeiter weiter. Die Weisungen gehen also streng genommen den Weg vom Verschaffungsgläubiger über den Unternehmerarbeiter als Boten an den Verschaffungsschuldner und der gibt sie wieder an den Unternehmerarbeiter zurück. Um diesen umständlichen Weg zu vermeiden, räumt der Verschaffungsschuldner dem Verschaffungsgläubiger das Recht ein, als sein Vertreter die Weisungen unmittelbar an den Unternehmerarbeiter zu erteilen. Somit übt der Verschaffungsgläubiger lediglich die Weisungsbefugnis anstelle des Verschaffungsschuldners aus, der Arbeitgeber des Unternehmerarbeiters bleibt.

198) B o b r o w s k i - G a u l, a.a.O. S.53.

Somit kann als Ergebnis festgehalten werden:

Soweit nichts anderes vereinbart, ermächtigt ein Arbeitsvertrag den Arbeitgeber durch Übertragung der Befugnis zur Ausübung des Weisungsrechts, über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers auf Grund eines unechten Dienstverschaffungsvertrages zu verfügen. 199)

- b) Bei dem echten Dienstverschaffungsvertrag hat der Verschaffungsschuldner den -gläubiger so zu stellen, daß dieser über die Arbeitskraft eines Dritten gleich einem eigenen Arbeitnehmer bestimmen kann. Der Dritte wird deshalb im Vollzug des Vertrages aus seinem Heimatbetrieb abgestellt und als Leiharbeiter in dem Betrieb des Verschaffungsgläubigers beschäftigt. Dort nimmt er während der Vertragszeit ausschließlich Arbeitsaufgaben des Verschaffungsgläubigers wahr und nicht, wie der Unternehmerarbeiter, solche des Verschaffungsschuldners. 200) Die Arbeitskraft des Leiharbeiters steht ausschließlich dem Verschaffungsgläubiger zur wirtschaftlichen Verwertung zu. Der Leiharbeiter untersteht der ausschließlichen Aufsicht und dem alleinigen Direktionsrecht des Verschaffungsgläubigers, denn die Befugnisse seines bisherigen Arbeitgebers reichen nicht bis in den fremden Betrieb. Das persönliche Band zwischen Verschaffungsschuldner und Drittem wird somit vorüber-

199) Die Zustimmung des Arbeitnehmers wurde also bereits bei Abschluß des Arbeitsvertrages ausdrücklich erteilt oder ist aus den Umständen und den Besonderheiten des konkreten Betriebes zu entnehmen. Vgl. E n d e m a n n , BB 1951 S.787; RAG, AS 34,306; RAG in DR 1940 S.1788;

200) A. A. T r i e s c h m a n n , DB 1956 Beil.16, demnach nehme der Leiharbeiter auch noch im Betrieb des Verschaffungsgläubigers Aufgaben seines bisherigen Arbeitgebers wahr, indem derselben "vorübergehend finanziell entlastet". Das kann gelegentlich das Motiv des Verschaffungsschuldners für die Abstellung sein. Damit darf aber nicht die Funktion des Leiharbeiters im fremden Betrieb verwechselt werden. Er ist dort wie ein Arbeitnehmer des Verschaffungsgläubigers tätig. Vgl. auch H o f - r i c h t e r , a.a.O. S.199.

gehend gelockert. Statt dessen gerät der Leiharbeiter in ein gewisses persönliches Abhängigkeitsverhältnis zum Verschaffungsgläubiger. T r i e s c h m ä n n ²⁰¹⁾ versucht dies abzuschwächen, indem er ausführt, daß die Abstellung nur eingeschränkt und befristet sei. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß auch bei nur halbtägiger, oder von Anfang an befristeter Beschäftigung ein abhängiges Arbeitsverhältnis entstehen kann. Es wäre auch recht schwierig, eine zeitliche Grenze zu finden, nach welcher ein Arbeitsverhältnis beginnt. Es kann deshalb auf die Zeitdauer der Abstellung des Leiharbeiters nicht ankommen. Somit bringt es der Vollzug eines echten Dienstverschaffungsvertrages mit sich, daß dem Leiharbeiter in der Person des Verschaffungsgläubigers ein neuer Arbeitgeber "auf Zeit" gegenübergestellt wird. ²⁰²⁾

Die Folge daraus ist, daß ein Arbeitsvertrag den Arbeitgeber grundsätzlich nicht ermächtigt, über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers im Wege eines echten Dienstverschaffungsvertrages zu verfügen, weil eben der vertragliche Anspruch auf die Arbeitsleistung infolge des Treuegedankens auf die Person des Arbeitgebers und die Verhältnisse in seinem Betrieb abgestellt ist. ²⁰³⁾

201) a.a.O., DB 1956 Beil.16.

202) Vgl. S c h n o r r von C a r o l s f e l d, a.a.O. S.299 B.I.b., der von einer "quantitativen Teilung des Rechts" spricht. A.A. G r a n d, a.a.O. S.12, der ein Leiharbeitsverhältnis erst nach "längerer Zeit" der Beschäftigung beim "Besteller" entstehen lassen möchte, z.B. nach einem Tag (S.14).

203) Im Ergebnis wie hier: B e i n e AR-Kartei "Leiharbeiter" I S.1; M o l i t o r, RdA 1948 S.46; E n d e m a n n, BB 1951 S.786 ff.; T r i e s c h m a n n, DB 1956, Beil.16; M a u s, ArbSozR, S.205; M a u s, Der Arbeitsvertrag, S.292; H u e c k - N i p p e r d e y, a.a.O. S.181; N i k i s c h, a.a.O. Bd.I S.215 ff. A.A. RG 170, 219; vgl. auch V a n s e l o w, a.a.O. S.95.

Somit hat der Verschaffungsschuldner regelmäßig die Zustimmung seines Arbeitnehmers einzuholen, wenn er denselben "ausleihen" möchte.

Eine Ausnahme ist nur dann anzunehmen, wenn der ganze Betrieb und damit auch der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers einem Anderen zur Verfügung gestellt wird. Hier bleibt den Arbeitnehmern der ursprüngliche Arbeitsplatz und die bisherigen Arbeitsbedingungen erhalten. So ist es dem Matrosen gleichgültig, ob er auf demselben Schiff für den Reeder X. oder für den Reeder Y. Öl transportiert. 204)

Damit müssen die im wesentlichen übereinstimmenden Ansichten von Gramse, 205) M und h e n k, 206) J a n s s e n 207) und S e n k p i e h l 208) abgelehnt werden, denn das Direktionsrecht kann vom Verschaffungsschuldner nur im Rahmen seines Arbeitsvertrages mit dem Dritten ausgeübt werden. Andernfalls würde über diesen Umweg die gegenseitig - höchstpersönliche Natur des Arbeitsverhältnisses in unzulässiger Weise ausgehöhlt.

204) Vgl. BAG in AP Nr.1 zu § 613 BGB, sowie oben S.53.

205) a.a.O. S.6, 7.

206) a.a.O. S.16, demnach soll der Arbeitsvertrag den Verschaffungsschuldner ermächtigen, auf Grund des Direktionsrechts den Arbeitnehmer anderen Arbeitgebern zu unterstellen. Zu Unrecht beruft sich M und h e n k dabei auf H u e c k - N i p p e r d e y, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Aufl.1928, S.105: Schon damals wurde in dem Lehrbuch das Direktionsrecht als auf den Betrieb des Arbeitgebers beschränkt definiert. Das Zitat bei H u e c k - N i p p e r d e y bezog sich also auf die hier als unechter Dienstverschaffungsvertrag bezeichnete Erscheinungsform, während M u n d h e n k es auf alle Dienstverschaffungsverträge bezogen wissen will.

207) a.a.O. S.31 ff. J a n s s e n glaubt, der Verschaffungsschuldner könne eine "Umadressierung" der Kraft des Dienstvertrages erfolgenden "Eisungen an den Verschaffungsgläubiger vornehmen. Hierfür gilt das Gleiche wie bereits zu der Ansicht M u n d h e n k 's, oben, Anm.200 ausgeführt.

208) a.a.O. S.263; ähnlich: D a l b e r g, a.a.O. S.140;

§ 8. Die praktische Durchführung des Leiharbeitsverhältnisses zwischen Verschaffungsschuldner und Drittem.

1. a) Die Ansicht Hueck - Nipperdey's geht davon aus, daß mit Zustimmung des Arbeitnehmers eine teilweise Übertragung des Arbeitsverhältnisses stattfindet; dabei trete der Verschaffungsschuldner seinen Anspruch auf Arbeitsleistung auf Zeit an den Verschaffungsgläubiger ab. ²⁰⁹⁾
Auch Larenz ²¹⁰⁾ geht unter Berufung auf Hueck - Nipperdey von einer Abtretbarkeit des Anspruches auf Arbeitsleistung aus.

In ähnlicher Weise nimmt Endemann an, daß eine Abtretung des Direktionsrechts an den "Ent-

- 209) a.a.O., Bd.I S.473. Zu einem ähnlichen Ergebnis wie Hueck kommt Grell, a.a.O. S.117, Anm.10 und 11, sowie S.154, für den Fall des Betriebsinhaberswechsels. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, daß bei einer vertraglichen Abweichung von § 613 Satz 2 BGB für den Leiharbeiter und den Arbeitnehmer eines veräußerten Betriebes von einer verschiedenen Interessenlage auszugehen ist. Bei der Veräußerung bleibt dem Arbeitnehmer "sein" Betrieb als sozialrechtlicher Organismus erhalten, während lediglich - und das nur bei kleineren Betrieben - die Person des "konkreten" Arbeitgebers wechselt. Demgegenüber sieht sich der Leiharbeiter sowohl einem neuen Betrieb, als auch immer einem neuen Arbeitgeber gegenübergestellt. Die Änderung der Tatsachenlage ist somit für den Leiharbeiter wesentlich einschneidender. Hinzu kommt noch, daß er öfters und an ganz verschiedene Betriebe abgestellt werden könnte, während ein Betrieb gewöhnlich nach einer Veräußerung lange Zeit in derselben Hand bleibt.

Die stillschweigende Zustimmung des Arbeitnehmers zur Übertragung der Rechte aus dem Arbeitsvertrag auf den Betriebserwerber, von welcher Grell ausgeht, kann deshalb für den Tatbestand des "Ausleihens" eines Arbeitnehmers nicht unterstellt werden.

- 210) Anmerkung zum Urteil des LAG Mannheim, AP 1953 Nr.223; vgl. auch LAG Baden, in NJW 1950 S.560; ebenso Staudinger - Nipperdey - Mohren, a.a.O., § 613 Anm.14; OLG (Hamburg), Recht 1908 Nr.2546; RG SeuffArch Bd.45 Nr.177; RG 170, 219.

leiher stattfinde. 211)

b) Gegen die Konstruktion H u e c k - N i p p e r - d e y ' s ergeben sich folgende Bedenken:

aa) Der Anspruch aus einem Dienst- oder Arbeitsvertrag auf die Arbeitsleistung ist regelmäßig höchstpersönlicher Art und deshalb nicht " ü b e r t r a g - b a r ". 212)

Das ist nicht dahingehend zu verstehen, daß mit Zustimmung des Arbeitnehmers eine Übertragbarkeit des Anspruches eintreten würde. Die Nichtabtretbarkeit ist kein in der P e r s o n des Arbeitnehmers liegendes Hindernis, das durch dessen Einwilligung behoben werden könnte, sondern ein R e c h t s - h i n d e r n i s. Der Anspruch ist deshalb nicht übertragbar, weil das eine Veränderung seines Inhalts zur Folge hätte (§ 399 BGB). Auf die Zustimmung des Arbeitnehmers kommt es deshalb nicht an. Einen Hinweis für die Richtigkeit dieser Ansicht bietet schon der Vergleich des Wortlauts des § 613 Satz 2 mit §§ 664 Abs.1 und 2 BGB:

Bei der ersten Bestimmung ist der Anspruch im Zweifel nicht "ü b e r t r a g b a r ", während bei der zweiten der Beauftragte im Zweifel "nicht übertragen darf". Durch diese feine Nuance in der Sprache will der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen, daß auch bei Übertragung des Anspruches zwar ein Auftragsverhältnis fortbestehen kann, nicht jedoch ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis. Zugleich wird damit auch der verstärkte Schutz des persönlichen

211) BB.1951 S.788.

212) Vgl.den Wortlaut von § 613 Satz 2 BGB; sowie H u e c k - N i p p e r d e y, a.a.O.Bd.I S.110.

Arbeitsverhältnisses betont. 213) Der Anspruch könnte nur in der Form abgetreten werden, daß er unverändert dem Zessionar zusteht, dieser also aus eigenem Recht Leistung an dem Zedenten verlangen könnte. An einem eigenen Anspruch, gerichtet auf Arbeitsleistung an den Verschaffungsschuldner, hätte der Verschaffungsgläubiger jedoch kein Interesse. Deshalb muß für die e c h t e n Leiharbeiter, deren Arbeitsvertrag von Anfang an nur auf die Person des Verschaffungsschuldners abgestellt ist, von einer Unabtretbarkeit des Anspruches auf die Arbeitsleistung ausgegangen werden.

Wenn § 613 Satz 2 besagt, daß der Anspruch auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar ist, so ist damit gemeint, daß es Formen von Dienst- oder Arbeitsverträgen geben kann, welche von Anfang an so beschaffen sind, daß eine Übertragung möglich ist. Dann fehlt das höchstpersönliche Moment. Deshalb paßt der Begriff "Übertragbarkeit" wegen seiner schuldrechtlichen Konzeption nur auf gewisse selbständige Dienstverhältnisse und Geschäftsbesorgungsverträge, 214) sowie auf solche

213) Deshalb fordert das Reichsarbeitsgericht, DR 1940 S.1788 Nr.89, mit Recht, "die Darlegung besonderer Umstände, ehe auf etwasso Außergewöhnliches, wie die Abtretung einzelner Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geschlossen werden kann." Bedenklich erscheint die Entscheidung des Reichsgerichts, SeuffArch Bd.45 Nr.177, welches eine Übertragbarkeit nur bei "ganz niedrigen Diensten" zulassen möchte; denn auch bei niedrigsten Diensten und mechanischer Arbeit am Fließband ist trotzdem die "Persönlichkeit des Arbeitnehmers entscheidend beteiligt." (So S.v. C a r o l s f e l d, a.a.O. S.162 Anm.1;) Bei Fehlen der persönlichen Bindung zum "abstrakten" Arbeitgeber, tritt hier am dessen Stelle der Betrieb, vgl. S.59.

214) M a u r e r, AR-Blattei D "Leiharbeitsverhältnisse".

Arbeitsverhältnisse, welche von Anfang an nicht auf die Person oder den Betrieb des Arbeitgebers abgestellt sind. Dazu gehört das Arbeitsverhältnis der unechten Leiharbeiter, der Berufsleiharbeiter, sowie der unständigen Hafenarbeiter. ²¹⁵⁾ Bei diesen, seit Inkrafttreten von § 37 AVAVG selten gewordenen Tatbeständen, ist die persönliche Bindung zum Arbeitgeber von Anfang an eingeschränkt.

- bb) Gegen die Annahme einer Abtretung spricht weiterhin, daß dadurch eine komplizierte schuldrechtliche Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses stattfinden müßte: Zunächst würde der Anspruch auf die Arbeitsleistung an den Verschaffungsgläubiger abgetreten. Dieser kann als Zessionar die Forderung nicht wie einen gewöhnlichen Anspruch einziehen, mit der Rechtsfolge des Erlöschens, denn er kann die Arbeitskraft nicht "verbrauchen". Man müßte deshalb davon ausgehen, daß der Anspruch während der Beschäftigungszeit beim Verschaffungsgläubiger nur teilweise "eingezogen" werden kann. Der "Rest" der Forderung müßte vom Verschaffungsgläubiger wieder zurückübertragen werden. Schon hieraus erhellt, daß das Rechtsinstitut der Forderungsabtretung wegen seiner schuldrechtlichen Auslegung nicht auf Ansprüche aus einem Arbeitsverhältnis paßt. ²¹⁶⁾

Es erscheint auch nicht möglich, einen Vertrag auf Benutzung des Anspruches auf die Arbeitsleistung anzunehmen. Abgesehen davon, daß ein solcher Vertrag im Bürgerlichen Recht nicht bekannt ist, würde dadurch die Arbeitskraft in unzuträglicher Weise zu einem Vermögensstück abgewertet. ²¹⁷⁾

215) Vgl. Wiebel, RdA 1953 S.291 ff., sowie Plett, RdA 1950 S.50 ff.

216) Maurer, AR-Blattei D "Leiharbeitsverhältnisse".

217) Ebenso wie hier: Hofrichter, a.a.O. S.198 ff., 50.

Der personenrechtliche Gehalt des Arbeitsverhältnisses verträgt sich somit nicht mit einer "komplizierten schuldrechtlichen Aufspaltung". 218)

- cc) Auch wenn man eine Abtretung des Anspruches rechtlich für möglich erachten würde, so entspräche dies regelmäßig nicht dem Willen der Beteiligten:

Mit Abtretung einer Forderung hört das Gläubigerrecht des Zedenten auf und geht auf den Zessionar über. 219) Das würde bedeuten, daß der Verschaffungsschuldner keinen Anspruch mehr gegen den Dritten auf Dienstleistung hätte. Im echten Dienstverschaffungsvertrag hat er sich jedoch verpflichtet, den Dritten zur Dienstleistung dauernd zu veranlassen. Von der Leistung des Dritten hängt das Entgelt des Verschaffungsschuldners ab. Er wird sich deshalb nicht seines Anspruches gegen den Dritten begeben wollen, sondern danach trachten, auch während der Verschaffungszeit eine Einflußmöglichkeit auf den Dritten zu behalten; 220) andererseits ist auch dem Leiharbeiter daran gelegen, seine vertraglichen Beziehungen zum Verschaffungsschuldner, als seinem Arbeitgeber, möglichst aufrecht zu erhalten.

Der Verschaffungsgläubiger selbst will nicht in sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis eintreten. 221)

Somit ist zusammenfassend festzuhalten, daß eine Abtretung des Anspruches auf die Arbeitsleistung, auch mit Zustimmung des Dritten, grundsätzlich nicht möglich ist,

218) Vgl. H e s s e l, D-Blatt AR-Blattei "Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis" VI.

219) Vgl. RG 56,301; 146,55.

220) Vgl. auch B e i n e, Diss., a.a.O. S.37 ff., der von einer "moralischen" Einwirkungspflicht des Verschaffungsschuldners auf den entliehenen Arbeitnehmer spricht.

221) Dasselbe gilt auch für die unechten Leiharbeitsverhältnisse, denn die Interessenlage zwischen den Beteiligten ist dieselbe. Im Ergebnis ebenso, G r a n d, a.a.O. S.33,34.

in keinem Falle jedoch von den Beteiligten des Dienstverschaffungsverhältnisses gewollt wird.

2., Unter Vermeidung der soeben aufgezeigten Schwierigkeiten, nimmt M o l i t o r ²²²⁾ eine vorübergehende oder dauernde Übertragung des g e s a m t e n Arbeitsverhältnisses an. Die vorgeschlagene Lösung wäre mit Zustimmung des Arbeitnehmers zwar gangbar, denn sie beinhaltet eine einverständliche Auflösung des bisherigen Arbeitsverhältnisses, unter gleichzeitiger Eingehung desselben Arbeitsverhältnisses mit einem neuen Arbeitgeber. ²²³⁾ Für das Dienstverschaffungsverhältnis entspricht der Vorschlag nicht den vorgegebenen Tatsachen. Denn es bleibt jedenfalls die Lohnzahlungspflicht beim Verschaffungsschuldner, sodaß schon deshalb von einer Übertragung des gesamten Arbeitsverhältnisses auf den Verschaffungsgläubiger nicht gesprochen werden kann. Darüberhinaus gehört es gerade zum Wesen des Dienstverschaffungsverhältnisses, daß weder der Verschaffungsschuldner seine arbeitsvertraglichen Beziehungen zum Dritten gänzlich auflösen, noch der Verschaffungsgläubiger ein Vollarbeitsverhältnis eingehen möchte.

3., e i g e n e A n s i c h t :

Es muß also eine Lösung gefunden werden, welche sowohl dem Verschaffungsgläubiger einen Anspruch auf Ableistung der Dienste des Dritten gewährt, dem Verschaffungsschuldner eine Einflußmöglichkeit auf den Dritten während der Zeit der Dienstverschaffung beläßt und zugleich die arbeitsrechtliche Stellung des Leiharbeiters nicht unzulässig beeinträchtigt.

222) AR-Blattei D-Blatt "Arbeitspflicht" I G; vgl. auch LAG B a d e n, NJW 1950 S.560 welches neben der Übertragung einzelner Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag auch die universale Einzelnachfolge, bzw. Vertragsübertragung im eigentlichen Sinne für möglich hält.

223) Vgl. LAG B a d e n, a.a.O. Sp.2.

Diesen Erfordernissen wird am ehesten die Figur des Vertrages zu Gunsten Dritter gerecht.

Versprechender im Sinne des § 328 BGB ist dabei der Leiharbeiter, Versprechensempfänger ist der Verschaffungsschuldner, "Dritter" ist der Verschaffungsgläubiger.²²⁴⁾

a) Anwendung auf das e c h t e L e i h a r b e i t s -
v e r h ä l t n i s .

Durch den Vertrag zu Gunsten Dritter wird der zwischen Verschaffungsschuldner und Arbeitnehmer bestehende Arbeitsvertrag zeitweilig dahingehend abgeändert, daß die geschuldete Arbeitsleistung anstelle dem Verschaffungsschuldner dem -gläubiger zu erbringen ist.²²⁵⁾

Der Verschaffungsschuldner bekommt also aus dem vorübergehend abgeänderten Vertrag einen Anspruch gegen den Leiharbeiter, daß dieser nunmehr dem Verschaffungsgläubiger unter dessen Direktionsrecht leiste.

Gegen die Zulässigkeit eines Arbeitsvertrages, dessen Wirkungen teilweise in der Person eines Dritten eintreten sollen, ergeben sich keine Bedenken. Das Landesarbeitsgericht M a n n h e i m hat sogar die Gültigkeit eines Arbeitsvertrages bejaht, dessen Wirkungen ausschließlich in der Person eines Dritten eintraten.²²⁶⁾

224) Der Annahme eines Vertrages zu Gunsten Dritter steht die Ansicht S c h n o r r von C a r o l s - f e l d ' s , a.a.O. S.23, nicht entgegen, denn dort wird das Rechtsinstitut nur bezüglich der Übernahme einer Fürsorgepflicht des Verschaffungsgläubigers zu Gunsten des Arbeitnehmers abgelehnt.

225) Nach Beendigung der Verschaffungszeit kehrt der echte Leiharbeiter wieder entsprechend den ursprünglichen vertraglichen Bedingungen in den Betrieb des Verschaffungsschuldners zurück.

226) AP 1953 Nr.223; Dort hatte ein von seiner kranken Frau getrennt lebender Ehemann mit einer Hausangestellten im eigenen Namen einen Arbeitsvertrag des Inhalts abgeschlossen, daß das Mädchen ausschließlich der Ehefrau zur Verfügung stehen sollte. Vgl. auch M o l l i t o r, Schlichtungswesen 1926 S.89; sowie S i e b e r t, DAR 1937 S.45 ff.

Die nicht auf die Person des Dritten (hier Verschaffungsgläubiger) abgestellten Vertragswirkungen treffen den Verschaffungsschuldner. Bei ihm bleiben somit die übrigen Rechtsfolgen aus dem Arbeitsvertrag wie z.B. die Lohnzahlungspflicht. 227)

Ein Vertrag, durch den die Leistung an einen Dritten versprochen wird, kann je nach dem Willen der Parteien unterschiedliche Ansprüche des Dritten erzeugen:

- aa) Der Versprechende kann sich nur gegenüber dem Versprechensempfänger zur Leistung an den Dritten verpflichten, ohne daß diesem daraus ein unmittelbarer Anspruch erwachsen soll. Ein solcher "unechter Vertrag zu Gunsten Dritter" 228) hätte, auf das Dienstverschaffungsverhältnis angewandt, zur Folge, daß der Verschaffungsgläubiger zwar gegen den -schuldner einen Anspruch auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers (= Versprechender) bekäme, nicht jedoch unmittelbar gegen den Arbeitnehmer selbst. Gegen diesen hätte der Verschaffungsgläubiger lediglich einen "Anspruchsreflex". Zur Durchsetzung seiner Ansprüche auf Arbeitsleistung könnte sich somit der Verschaffungsgläubiger nur an den -schuldner halten. 229)

227) Ebenso T r i e s c h m a n n, BB Beil.16; vgl. auch E n n e c c e r u s - L e h m a n n, a.a.O. Bd.II S.140 IV.

228) E n n e c c e r u s - L e h m a n n, a.a.O. Bd.II S.140 III und IV.

229) Vgl. D i e n s t a g, NZfArbR, 1929 S.468, der von einer "Übertragung von Diensten auf Grund obligatorischer Beziehungen zum Vermieter" spricht, ohne allerdings § 328 BGB zu erwähnen.

Das hätte zur Folge, daß bei Leistungsstörungen in der Person des Arbeitnehmers sich der Verschaffungsgläubiger immer zuerst an den -schuldner wenden müßte, damit dieser den Leiharbeiter anweise, pünktlich zum Dienst zu erscheinen, den Betriebsfrieden nicht zu stören, oder den Weisungen Folge zu leisten. Der Verschaffungsschuldner wäre somit ständig behelligt. ²³⁰⁾

- bb) Deshalb wird sich gemäß § 328 BGB aus den Umständen und dem Zweck des Vertrages ergeben, daß ein "echter Vertrag zu Gunsten Dritter" gewollt ist. ²³¹⁾ Der Verschaffungsgläubiger erwirbt also aus der Zusatzvereinbarung zwischen Verschaffungsschuldner und Arbeitnehmer einen unmittelbaren Anspruch gegen den letzteren, auf dessen Arbeitsleistung und auf die Befolgung der Weisungen.

230) In Schwierigkeiten geraten hier M u n d h e n k, a.a.O. S.15, M ü c k l e y, a.a.O. S.6, G r a m s e, a.a.O. S.6 welche das Entstehen jeglicher rechtlicher Beziehungen zwischen Verschaffungsgläubiger und Dritten ablehnen. Als einziger versucht S c h o c h a.a.O. S.51 - seiner eigenen Theorie widersprechend - dem Verschaffungsgläubiger bei Pflichtverletzungen einen unmittelbaren vertraglichen Anspruch gegen den Dritten zu geben, ohne allerdings eine ausreichende Begründung für die Abweichung anzuführen.

231) Vgl. E n n e c c e r u s - L e h m a n n, a.a.O. Bd.II S.144 I2, der auf das Motiv des Versprechensempfängers abstellt; ebenso L a r e n z, a.a.O. Bd.I S.138; in ähnlicher Weise nahm das RG, 165,105 einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter der Krankenkasse mit dem Kassenarzt für den Patienten an; vgl. auch RG JW 1915, 916, sowie in HRR 1932, 1831; neuerdings: BGH 1,383 über einen Vertrag der Krankenkasse mit dem Krankenhausträger über die Unterbringung und Behandlung eines Kassenmitgliedes.

Daneben entsteht im Zweifel auch eine Forderung des Verschaffungsschuldners (als Versprechensempfänger) gegen den versprechenden Arbeitnehmer auf dessen Leistung an den -gläubiger. 232)

Somit kann sich der Verschaffungsgläubiger in erster Linie unmittelbar an den Arbeitnehmer halten und kann gleichzeitig vom Verschaffungsschuldner die Durchsetzung seiner Ansprüche fordern.

Der Verschaffungsschuldner seinerseits hat die Möglichkeit auch während der Vertragszeit auf den Leiharbeiter einzuwirken.

Der Arbeitnehmer selbst ist in seinen vertraglichen Rechten geschützt, denn auch der Verschaffungsgläubiger kann nur innerhalb des Rahmens des im übrigen fortbestehenden Arbeitsvertrages die Arbeitsleistung beanspruchen und Weisungen erteilen. 233) 234)

-
- 232) So E n n e c c e r u s - L e h m a n n , a.a.O. Bd.II S.144 I. Sowie S.148 IV 1.
- 233) Zu einem anderen Ergebnis kommt T r i e s c h m a n n , a.a.O., der ein Verbleiben des Anspruches auf Arbeitsleistung beim Verschaffungsschuldner unterstellt, jedoch das Weisungsrecht auf den -gläubiger übergehen läßt. Neben der Kompliziertheit einer nochmaligen Aufspaltung, erscheint diese Ansicht auch deshalb bedenklich, weil das Weisungsrecht immer in Funktion zum Anspruch auf die Arbeitsleistung stehen muß. Vgl. oben S.62.
- 234) Zwischen den oben, S.14 ff, ausgeklammerten Maklerverträgen und der vorliegenden Konstruktion besteht folgender Unterschied: Der Auftraggeber des Maklers wird Partner des Arbeitsvertrages; zwischen ihm und dem Arbeitnehmer entsteht ein Vollarbeitsverhältnis. Der Verschaffungsgläubiger erwirbt nur einen einzelnen Anspruch gegen den Arbeitnehmer, dessen Vertragspartner der Verschaffungsschuldner bleibt.

- b) Bei den zulässigen unechten Leiharbeits- und Berufsleiharbeitsverhältnissen wird der Vertrag zu Gunsten des Verschaffungsgläubigers nicht nachträglich, unter Abänderung des ursprünglichen Arbeitsvertrages abgeschlossen, sondern die geplante Arbeitsleistung für andere Arbeitgeber wird gleich bei Abschluß des Arbeitsvertrages zwischen Verschaffungsschuldner und Leiharbeiter berücksichtigt. Das Arbeitsverhältnis ist dann nicht ausschließlich auf die Person des Verschaffungsschuldners abgestellt, sondern ist zugleich Vertrag zu Gunsten potentieller Dritter. Die Person des Dritten kann dabei entweder im Vertrag selbst bestimmt werden, oder sie wird später durch Erklärung des Verschaffungsschuldners gegenüber dem Arbeitnehmer konkretisiert. Das Recht des Dritten (= Verschaffungsgläubiger) entsteht in diesem Falle mit Benennung gegenüber dem Leiharbeiter.²³⁵⁾ Die Abtretung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis braucht deshalb auch hier nicht angenommen zu werden.

235) Über den Zeitpunkt der Entstehung des Anspruches vgl. RG 66,362; RG SeuffArch 69,212; bezüglich seiner Abänderung; RG 153,225; 140,30 ff.

B)

Das Ineinandergreifen der arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten des Dienstverschaffungsvertrages und dem Dritten.

§ 9. Rechtsbeziehungen beim unechten Dienstverschaffungsvertrag.

Beim unechten Dienstverschaffungsvertrag bleibt Arbeitgeber des Unternehmerarbeiters der Verschaffungsschuldner. Auch während der Beschäftigung im fremden Betrieb bleibt das Arbeitsverhältnis zum Verschaffungsschuldner unverändert bestehen.²³⁶⁾ Er ist somit verpflichtet zur Zahlung von Lohn, Abführung der Sozialversicherungsbeiträge, Gewährung des Urlaubs und einer evtl. Weihnachtsgratifikation. Nur der Verschaffungsschuldner kann das Arbeitsverhältnis kündigen; eine Kündigung des Unternehmerarbeiters ist nur ihm gegenüber wirksam. Den Verschaffungsschuldner trifft auch die allgemeine Fürsorge- und Sorgfaltspflicht; die Treuepflicht des Arbeitnehmers besteht lediglich gegenüber dem Verschaffungsschuldner.²³⁷⁾ Daneben hat jedoch der Dritte gegen den Verschaffungsgläubiger einen eigenen, unmittelbaren Anspruch auf Einhaltung der Schutzvorschriften des § 618 BGB. Das ergibt sich aus der Doppelnatur des unechten Dienstverschaffungsvertrages, der zugleich Verpflichtungen eines Dienst- bzw. Arbeitsvertrages beinhaltet. Es entspricht dem Willen des Verschaffungsgläubigers, daß der Unternehmerarbeiter den unechten Dienstverschaffungsvertrag

-
- 236) Ebenso LAG B r e m e n, Urteil vom 7.1.1959 Az 1 Sa 97/57, nur teilweise veröffentlicht in DB 1959 S.407.
237) Soweit den Verschaffungsschuldner aus dem unechten Dienstverschaffungsvertrag eine Treuepflicht gegenüber dem -gläubiger trifft, bedient er sich des Unternehmerarbeiters als Erfüllungsgehilfe und haftet für dessen Verschulden nach § 278 BGB.

in seinem Betrieb als Erfüllungsgehilfe des Verschaffungsschuldners erfüllt. Der Unternehmerarbeiter ist somit dessen Leistungsvertreter. Durch die Leistung des Unternehmerarbeiters darf der Verschaffungsgläubiger nicht besser gestellt werden, als wenn der -schuldner persönlich die Dienste verrichten würde. Deshalb ist die Verpflichtung zur Einhaltung der Schutz- und Sorgfaltsvorschriften auch auf den Unternehmerarbeiter auszudehnen. § 618 BGB, sowie die Schutzvorschriften des § 62 HGB und §§ 120 a - g der Gewerbeordnung gelten somit unmittelbar zu Gunsten des Unternehmerarbeiters. ²³⁸⁾ Ebenso haftet der Verschaffungsgläubiger dem Unternehmerarbeiter unmittelbar für Schaden, der durch unsachgemäße Weisungen entsteht (§ 618 Abs.1, letzter Halbsatz).

§ 10. Die Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses beim echten Dienstverschaffungsvertrag.

Für den Bereich der in dieser Abhandlung als echter Dienstverschaffungsvertrag bezeichneten Erscheinungsform, herrscht über die arbeitsrechtlichen Folgerungen weitgehend Uneinigkeit. Streit besteht insbesondere darüber, ob zwischen dem Verschaffungsgläubiger und dem Leiharbeiter arbeitsrechtliche Beziehungen entstehen und ob das Arbeitsverhältnis zum Verschaffungsschuldner im Vollzug des Vertrages erlischt. ²³⁹⁾

238) Ebenso OLG Königsberg, Recht 1908 Nr.727; OLG Hamburg 24,370; H a h n , GruchArch 45, S.217 ff.; zum selben Ergebnis kommt S c h n o r r von C a r o l s f e l d a.a.O. S.24 II.2.a. für die verwandten Fälle der Erfüllung eines Werkvertrages im fremden Betrieb, in dem er annimmt, daß der Besteller gegenüber dem Werkunternehmer ordnungsgemäß zu erfüllende Schutzverpflichtungen habe, die sich auch zu Gunsten der Arbeiter des Unternehmers als Drittbeteiligte auswirken müßten.

239) Als überholt müssen die gleichlautenden Ansichten M u n d h e n k ' s , a.a.O. S.18, S c h r ö d e r ' s a.a.O. S.17 Anm.4, und S c h e f f l e r ' s , a.a.O. S.46 bezeichnet werden, welche die Entstehung irgendwelcher Rechtsbeziehungen des Leiharbeiters zum Verschaffungsgläubiger ablehnen. Vgl. hierzu oben S.66 ff.

Die verschiedenen Meinungen lassen sich im wesentlichen auf die "Vertragstheorie" und die "Eingliederungstheorie" zurückführen: ²⁴⁰⁾

- 1., B e i n e legt seinen Betrachtungen die Eingliederungstheorie zugrunde. ²⁴¹⁾ Demnach entstehe dadurch, daß der Leiharbeiter seine Arbeit in dem Betrieb des "Betriebsunternehmers" (= Verschaffungsgläubiger) aufnimmt, und sich dort eingliedert, ein unmittelbares Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeiter und Betriebsunternehmer. ²⁴²⁾ B e i n e betont, daß die Bereitschaft des Leiharbeiters, über seine Arbeitskraft verfügen zu lassen "auf tatsächlichem Gebiet" liege, da die Einordnung in den Betrieb kein Rechtsgeschäft, sondern eine "tatsächliche Maßnahme der Arbeitsorganisation" sei. Nach dieser Ansicht sollen also aus dem durch Eingliederung entstehenden Arbeitsverhältnis unmittelbare gegenseitige Ansprüche erwachsen. Demnach träfe den Verschaffungsgläubiger allein die Lohnzahlungspflicht und die Fürsorgepflicht; der Arbeitnehmer könne das Arbeitsverhältnis nur gegenüber dem Verschaffungsgläubiger kündigen, wie umgekehrt nur letzterer gegenüber dem Leiharbeiter zur Kündigung berechtigt sei.

240) Über die Entstehungsgeschichte und die gegenwärtige Annäherung der beiden Theorien vgl. die Zusammenstellung bei H u e c k - N i p p e r - d e y , a.a.O. Bd.I S.105 ff.; N i k i s c h , Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, S.67 ff.; M o l l i t o r RdA 1955 S.41; M a u r e r AR-Blattei D "Leiharbeiterverhältnis" G I; neuerdings N i k i s c h , RdA 1960 S.1 ff., 4.

241) Vgl. AR-Kartei "Leiharbeiter" Anm.1919 ff.; derselbe Diss.S.85 ff.; derselbe in ArbBlBritZone 1947 S.410; ähnlich M a u r e r AR-Blattei D "Leiharbeitsverhältnisse" G I.

242) In der Dissertation, S.23 ff., 85 ff. nimmt B e i n e allerdings noch ein mittelbares Arbeitsverhältnis ähnlich einem Zwischenmeisterverhältnis an. Ebenso S c h r a u t h , a.a.O. S.10.

Mit Eingliederung beim Verschaffungsgläubiger erlösche das bisher bestehende Arbeitsverhältnis zum -schuldner. Erhalten bleibe nur der im wesentlichen schuldrechtliche Verpflichtungsvertrag, wonach sich der Leiharbeiter nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Verschaffungsgläubiger wieder in den Ausgangsbetrieb einzugliedern habe. ²⁴³⁾

- 2., Nach der Vertragstheorie wird das Arbeitsverhältnis allein durch einen Arbeitsvertrag begründet. Die Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers ist nur Vollzug der im Arbeitsvertrag eingegangenen Verpflichtung und somit die Folge, nicht aber die rechtliche Voraussetzung für das Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses.²⁴⁴⁾ Darauf aufbauend geht das Reichsgericht ²⁴⁵⁾ im Anschluß an das Reichsarbeitsgericht²⁴⁶⁾ davon aus, daß nur zwischen dem Verschaffungsschuldner und dem Leiharbeiter ein durch Arbeitsvertrag begründetes Arbeitsverhältnis bestehe. Werde ein Arbeitnehmer des Verschaffungsschuldners ausgeliehen, so bleibe auch dann das Arbeitsverhältnis in vollem Umfang bestehen, mit der Folge, daß sämtliche Rechtswirkungen nur die Beteiligten

243) Vgl. M a u s , Arbeitsvertrag, S.205; ebenso B e i n e , Diss. S. 85 ff.

244) Vgl. Darstellung bei H u e c k - N i p p e r d e y , a.a.O. Bd.I S.105 ff.

245) Beschluß vom 17.12.1942 Bd.170 S.218; der dort behandelte Fall war allerdings nach § 1157 des österreichischen ABGB und unter der Geltung von § 2 des Gesetzes zur Nationalen Ordnung zu entscheiden.

246) Urteil vom 5.6.1940, AS Bd.40 S.10 = RAGE Bd.23 S.206; ähnlich RAGE Bd.33 S.61; sowie Runderlaß des Reichsarbeitsministers vom 20.11.1941, RArbBlatt 1942 Heft 1 S.6.

des Arbeitsverhältnisses träfen. Insbesondere bleibe die Fürsorge- und Sorgfaltspflicht bei dem Verschaffungsschuldner und gehe auch dann nicht auf den Verschaffungsgläubiger über, wenn dieser die Räumlichkeiten und Geräte stelle sowie die Arbeiten leite und beaufsichtige. Der Verschaffungsgläubiger stehe, mangels einer Willenseinigung zu dem Leiharbeiter nicht in einem Arbeitsverhältnis und könne deshalb auch keine eigene Fürsorgepflicht erfüllen. ²⁴⁷⁾

3., Kritik und eigene Ansicht.

- a) Der Eingliederungstheorie kann nicht gefolgt werden. Auch im Arbeitsrecht herrscht - soweit nicht durch Gesetz oder normativen Teil von Tarifverträgen eingeschränkt - der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Zur Begründung des Arbeitsverhältnisses, das im wesentlichen schuldrechtliche Züge aufweist, sowie zur Abänderung dessen Inhalts, ist somit regelmäßig ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich. ²⁴⁸⁾ Mit Recht weist H e s s e l ²⁴⁹⁾ darauf hin, daß ein Arbeitsverhältnis durch bloße tatsächliche Eingliederung in einen Betrieb nicht entstehen könne, sondern daß "irgend eine Willenseinigung zwischen Arbeitnehmer und Unternehmer als Voraussetzung für die Beschäftigung" erforderlich sei.

247) Vgl. auch T r i e s c h m a n n, DB 1956 Beil.16. Nach der Ansicht des Reichsgerichts kann der Verschaffungsgläubiger - wenn überhaupt - nur die Fürsorgepflicht des Verschaffungsschuldners als dessen Erfüllungsgehilfe erfüllen.

248) So S c h n o r r von C a r o l s f e l d a.a.O. S.137 ff.; im Ergebnis ähnlich H u e c k - N i p p e r d e y a.a.O. Bd.I S.105; vgl. auch BArb G, Samml. S.58, sowie in BB 1959 S.195.

249) AR-Blattei D-Blatt "Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis".

Andernfalls müßte man etwa einen geisteskranken Arbeitnehmer nach Eingliederung in einen Betrieb zur Einhaltung von Kündigungsfristen verpflichtet halten, oder man könnte ihn wegen Verletzung der Treuepflicht schadensersatzpflichtig machen. Zur Entstehung eines Arbeitsverhältnisses muß also um derartige Folgen zu vermeiden, eine rechtsgeschäftliche Willenseinigung vorliegen. ²⁵⁰⁾

Auf das Dienstverschaffungsverhältnis übertragen, muß die Eingliederungstheorie in Schwierigkeiten geraten, wenn der Leiharbeiter zu spät, oder nach einiger Zeit überhaupt nicht mehr zum Dienst beim Verschaffungsgläubiger erscheint. Da das Arbeitsverhältnis mit der Ausgliederung aus dem Betrieb des Verschaffungsschuldners erloschen wäre, hätte dieser keinerlei Einflußmöglichkeit mehr auf das Verhalten des Leiharbeiters; ebenso wenig könnte aus der Eingliederung ein Anspruch des Verschaffungsgläubigers auf künftige Arbeitsleistung abgeleitet werden. ²⁵¹⁾ Ein weiteres, kaum lösbares Problem bringt für die Vertreter der Eingliederungstheorie ein nur kurzfristiges Ausleihen mit sich. Hier kann mangels Entstehens einer persönlichen Abhängigkeit kein Arbeitsverhältnis zwischen Verschaffungsgläubiger und Leiharbeiter zustande kommen. ²⁵²⁾

250) Auf dem Boden der Vertragstheorie steht auch das Urteil des BArbG BB 1959 S.195, welches für das Entstehen einer Lohnzahlungspflicht nicht auf die Eingliederung, sondern auf das Vorliegen eines darauf gerichteten Vertrages abstellt.

251) Vgl. B e i n e Diss. S.67: die Folge wäre, daß der Leiharbeiter jederzeit die Arbeit niederlegen könnte, während der Verschaffungsschuldner aus dem Dienstverschaffungsvertrag in Anspruch genommen werden könnte.

252) B e i n e , Diss. S.10 muß deshalb solche Tatbestände aus dem Kreis seiner Betrachtungen "ausklammern". Gegen die Ansicht spricht auch die Gleichbehandlung von nur kurzfristig Beschäftigten gemäß § 537 Nr.10 RVO.

Tatsächlich ist die Rechtslage zwischen den Beteiligten dieselbe, gleichgültig ob die Abstellung nur wenige Stunden oder mehrere Tage oder Wochen dauert; eine zeitliche Grenze nach welcher ein Vollarbeitsverhältnis entstünde, ist nicht erkennbar.

Insbesondere ist gegen die Ansicht B e i n e ' s einzuwenden, daß sie dem Parteiwillen widerspricht: Weder wünscht der Verschaffungsgläubiger das Entstehen eines Vollarbeitsverhältnisses zum Leiharbeiter, noch möchte der Verschaffungsschuldner seine arbeitsrechtlichen Beziehungen zu dem Arbeitnehmer ganz aufgeben, denn letzterer möchte nach Beendigung der Verschaffungszeit wieder im Ausgangsbetrieb tätig werden.

Das Reichsgericht und das Reichsarbeitsgericht sehen die Vertragstheorie zu einseitig; sie betonen zu sehr, das ursprüngliche Arbeitsverhältnis zwischen Verschaffungsschuldner und Leiharbeiter und berücksichtigen dabei nicht genügend, daß mit der "Ausleihe" eine Verschiebung der Machtlage nach der Seite des Verschaffungsgläubigers hin eingetreten ist.

Die schuldrechtlich-starre Konstruktion der beiden Gerichte führt insbesondere hinsichtlich der Fürsorge und Sorgfaltspflicht zu unbilligen Ergebnissen: Obwohl der Arbeitnehmer aus dem Betrieb des Verschaffungsschuldners zeitweilig ganz ausscheidet und das Direktionsrecht, die Gestaltung der Räumlichkeiten und die Einrichtung von Schutzvorrichtungen ausschließlich dem Verschaffungsgläubiger zustehen, soll den Verschaffungsschuldner, der keinerlei Einfluß auf diese Maßnahmen hat, allein die Fürsorgepflicht und bei Verletzung derselben durch den Verschaffungsgläubiger eine Schadensersatzpflicht

treffen. ²⁵³⁾ Demgegenüber soll der Verschaffungs-
gläubiger im e i g e n e n Betrieb eine " f r e m -
d e " Fürsorgepflicht ausüben. ²⁵⁴⁾

" Wer den guten Tropfen genießt, soll auch den
bitteren zu sich nehmen!"

Dieser Ansicht verschließen sich manche Anhänger der
Vertragstheorie nicht, sie müssen jedoch zur Lösung
des Problems zu umständlichen Konstruktionen greifen:
So nahm das Reichsarbeitsgericht gelegentlich bezüg-
lich der Fürsorgepflicht einen Vertrag des Verschaf-
fungsschuldners mit dem -gläubiger zu Gunsten des
Leiharbeiters an. ²⁵⁵⁾

Einen "stillschweigenden Garantievertrag" befürwortet
K a u f f m a n n ²⁵⁶⁾, während H o f r i c h t e r
den Verschaffungsgläubiger als "arbeitsrechtlichen
Stellvertreter" des Arbeitnehmers bei Abschluß eines
Vertrages über die Fürsorgepflicht mit dem Verschaf-
fungsschuldner bezeichnet. ²⁵⁷⁾

Letztlich spricht E n d e m a n n von der Begründung
eines "Gesamtschuldverhältnisses" zwischen Verschaf-
fungsschuldner und -gläubiger. ²⁵⁸⁾

253) Dagegen wendet sich mit Recht S c h n o r r von
C a r o l s f e l d a.a.O. S.24 Anm.3 und 4;

254) Über die sozialversicherungsrechtlichen Folge-
rungen vgl. unten S.93.

255) RAGS Bd.23 S.206 ff.; RAG in AS Bd.33 S.61 ff.;
Bd.40 S.10; ebenso W e i m a r ArbuSozR 1953
S.336 III; H u e c k - N i p p e r d e y, a.a.O.
Bd.I S.182 Anm.5; vgl. auch M a u s, Handbuch,
II B 1 S.7 ff.

256) RdA 1951 S.78, sowie 1954 S.129. Vgl. auch LAG
D u i s b u r g, AS 28 S.175.

257) a.a.O. S.199 ff., 243 ff.

258) BB 1951 S.786, 787.

Dieselben Schwierigkeiten entstehen für die Anhänger der Vertragstheorie hinsichtlich der übrigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis. 259)

- c) E i g e n e r L ö s u n g s v o r s c h l a g
möge durch folgende Gedankengänge aufgezeigt werden:
Auch für das Dienstverschaffungsverhältnis ist von der herrschenden Vertragstheorie auszugehen. Entgegen der Ansicht des Reichsarbeitsgerichts und des Reichsgerichts ist die Theorie jedoch nicht dahingehend zu verstehen, daß das Arbeitsverhältnis zwingend zwischen den Parteien des A r b e i t s v e r t r a g e s zum Entstehen kommen muß. Die Wirkungen, die der Vollzug eines Arbeitsvertrages mit sich bringt, können vielmehr auch ganz oder teilweise bei dritten Personen eintreten. 260) Entsprechendes ist für das echte Dienstverschaffungsverhältnis anzunehmen:

Demnach bleiben während der "Ausleihe" die vertraglichen Beziehungen zwischen Verschaffungsschuldner und Arbeiter bestehen. Der Arbeitsvertrag befindet sich auch dann noch im Erfüllungszustand, denn der Verschaffungsschuldner kann zeitweilig Leistung im bisherigen Rahmen an den Verschaffungsgläubiger verlangen. 261) Weil die Wirkungen des abgeänderten Arbeitsvertrages teilweise in der Person des Verschaffungsgläubigers eintreten sollen, entstehen insoweit jedoch zu diesem ebenfalls unmittelbare arbeitsrechtliche Beziehungen. Es kann sich dabei aber nicht

259) Vgl. LAG M a n n h e i m AP 1953 Nr.223, sowie in AP 1950 Nr.300.

260) Vgl. die zustimmende Anmerkung von L a r e n z zu obigem ersten Urteil; sowie zum selben Problem die bejahende Stellungnahme von S i e b e r t, Dienstvertrag zu Gunsten Dritter in DAR 1937, S.45 ff.; ähnlich M o l i t o r, Verträge über Arbeit, die einem Dritten geleistet werden soll, Schlichtungswesen 1926 S.89; siehe auch das oben S.73 f. Bemerkte.

261) N i k i s c h, a.a.O. Bd.I S.215 ff.

um ein V o l l a r b e i t s v e r h ä l t n i s handeln, denn ein Teil der Wirkungen aus dem Arbeitsvertrag soll ja nach wie vor in der Person des Verschaffungsschuldners eintreten. 262)

Somit steht der Arbeitnehmer auch während der Zeit der "Ausleihe" in einem vertraglichen Vollarbeitsverhältnis mit allen damit verbundenen Vergünstigungen. In die Wirkungen des Arbeitsverhältnisses teilen sich jedoch auf der Arbeitgeberseite zwei Personen, nämlich der Verschaffungsschuldner und der Verschaffungsgläubiger. Zu jedem von ihnen unterhält der Arbeitnehmer somit ein p a r t i e l - l e s A r b e i t s v e r h ä l t n i s , dessen Ausgestaltung sich jeweils nach der Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag richtet. Beide partiellen Arbeitsverhältnisse zusammengekommen, ergeben ein Vollarbeitsverhältnis, das auf der Arbeitgeberseite dann wieder in einer Person zusammentrifft, wenn die Dienstverschaffungszeit abgelaufen ist und der Leiharbeiter (echte oder unechte) wieder in den

262) Vielfach wird angenommen, daß das Leiharbeitsverhältnis eine Erscheinungsform des "mittelbaren Arbeitsverhältnisses" sei und deshalb der Verschaffungsgläubiger mittelbarer Arbeitgeber des Leiharbeiters werde; so von S c h r a u t h , a.a.O. S.10; B e i n e , AR-Kartei, "Leiharbeiter" I B; E n d e m a n n , BB 51 S.787; Vgl. auch T r i e s c h m a n n , a.a.O., der von einem, dem mittelb.Arb.Verh. "ähnlichen" Rechtsverhältnis spricht. Demgegenüber weist S c h n o r r von C a r o l s f e l d mit Recht darauf hin, daß der Begriff des mittelbaren Arbeitsverhältnisses nach seiner Entstehungsgeschichte voraussetzt, daß ein Arbeitnehmer von einem wirtschaftlich abhängigen Arbeitgeber angestellt wird, der seinerseits in einem Arbeitsverhältnis zu einem Arbeitgeber steht. Zum Schutz des ersten Arbeitnehmers müssen hier unmittelbare Rechtsbeziehungen zum Hintermann des unmittelbaren Arbeitgebers entstehen. Beim Leiharb.Verh.dageg.ist der V.Gläub.regelmäßig nicht Arbeitnehmer des V.Schuldners; ebenso wie hier D e r s c h , AR-Blattei "A.Vertr.-A.Verh."D.

Betrieb des Verschaffungsschuldners zurückkehrt. Beim Berufsleiharbeitsverhältnis treten die Wirkungen des partiellen Arbeitsverhältnisses mit Ausnahme der Lohnzahlungspflicht in der Person des Verschaffungsgläubigers ein. 263)

Durch die Annahme von zwei partiellen Arbeitsverhältnissen wird vermieden, daß im Verlauf der Dienstverschaffung nacheinander drei verschiedene Arbeitsverhältnisse zur Entstehung kommen, 264) was die Anhänger der Eingliederungstheorie annehmen müssen. Für den Leiharbeiter ist eine Kontinuität seiner Rechtsbeziehungen gewahrt. Die Rechtsstellung des Verschaffungsgläubigers wird entsprechend der tatsächlichen Machtlage elastisch berücksichtigt; von umständlichen Hilfskonstruktionen der starren Vertragstheorie kann Abstand genommen werden.

- 263) Vgl. M a u r e r, a.a.O. G, der zwar der Eingliederungstheorie den Vorzug geben möchte, im Verlauf seiner Ausführungen aber zugeben muß, daß eine Arbeitsaufnahme im Entleiherbetrieb ohne arbeitsvertragliche Übereinkunft zwischen Leiharbeiter und Entleiher "schlechthin unmöglich sei". Damit bleibt aber von der Eingliederungstheorie nicht mehr viel übrig. Umgekehrt kommt T r i e s c h m a n n, a.a.O. Beilage 16 als Anhänger der strengen Form der Vertragstheorie ähnlich dem RG und RArb G zu dem Ergebnis, daß kein Arbeitsverhältnis zwischen Verschaffungsgläubiger und Leiharbeiter entstehe. Gleichzeitig muß er aber einräumen, daß zwischen diesen Personen ein personenrechtliches Treuverhältnis, unmittelbare Weisungsgebundenheit, sowie ein selbständiger Fürsorgeanspruch des Leiharbeiters anzunehmen sei. Solche eindeutigen Merkmale eines Arbeitsverhältnisses vertragen sich schlecht mit der Anhängerschaft zur starren Auslegung der Vertragstheorie; vgl. auch LArbG Hamburg v.12.10.1946, AR-Blattei, Bl."Rechtsprechung" Nr.223.
- 264) Zuerst zwischen Verschaffungsschuldner und Leiharbeiter, dann zwischen Leiharbeiter und Verschaffungsgläubiger und anschließend wieder zwischen den ersten beiden Personen.

4., Die Verteilung der Arbeitgeberbefugnisse und -pflichten zwischen Verschaffungsschuldner und Verschaffungsgläubiger im einzelnen.

Maßgebend sind im Einzelfall die Abmachungen in den Dienstverschaffungsverträgen, Arbeitsverträgen und Zusatzvereinbarungen zu den Arbeitsverträgen beim echten Dienstverschaffungsverhältnis. Die im Folgen- den vorgenommene Aufteilung kann deshalb nur Geltung beanspruchen, soweit nichts anderes vereinbart wurde.

- a) Der Anspruch auf die Arbeitsleistung steht dem Verschaffungsgläubiger auf Grund des echten Vertrages zu seinen Gunsten im Zweifel unmittelbar zu.²⁶⁵⁾ Der Verschaffungsschuldner ist deshalb nicht berechtigt den Leiharbeiter vor Beendigung der Vertragsdauer in seinen Betrieb zurückzurufen. Tut er es trotzdem, so hat der Leiharbeiter dieser Weisung nicht ohne weiteres Folge zu leisten, denn der ihn bindende Vertrag zu Gunsten des Verschaffungsgläubigers besteht fort. Die Vertragsschließenden (Verschaffungsschuldner und Leiharbeiter) können das einmal entstandene Recht auch nicht durch Aufhebung oder Änderung des Vertrages zu Gunsten des Verschaffungsgläubigers beeinträchtigen.²⁶⁶⁾ Ebenso wenig steht dem Verschaffungsschuldner während der Vertragszeit ein Weisungsrecht gegenüber dem Leiharbeiter zu.²⁶⁷⁾ Bei widersprechenden

265) Zur Begründung, warum es sich hier um die den Versprechenden auch gegenüber dem Dritten unmittelbar verpflichtende Form des Vertrages zugunsten Dritter handelt, vgl. oben S. 73 ff, 75.

266) E n n e c c e r u s - L e h m a n n , a. a. O. S. 148 IV 1.

267) A. A. T r i e s c h m a n n , DB 1956 Beilage 16, der den Leiharbeiter für verpflichtet hält, in erster Linie den Weisungen des Verschaffungsschuldners Folge zu leisten und nur solange im fremden Betrieb zu bleiben, bis der Verschaffungsschuldner ihn zurückruft. Diese Ansicht trafe nur zu, wenn ein unechter Vertrag zu Gunsten des Verschaffungsgläubigers anzunehmen wäre.

Weisungen gilt somit im Zweifel die Anordnung des Verschaffungsgläubigers. Um den Leiharbeiter vor Wissensnot und Haftungen zu schützen wird man ihm bei widersprechenden Weisungen ein Recht auf Information, sowohl gegenüber dem Verschaffungsschuldner, als auch dem Verschaffungsgläubiger einräumen müssen. 268)

- b) Zugleich mit der Pflicht zur Arbeitsleistung und Befolgung von Weisungen seitens des Leiharbeiters, entsteht aus dem partiellen Arbeitsverhältnis ein Anspruch des Verschaffungsgläubigers auf Einhaltung der Treue- und Geheimhaltungspflichten. 269)

Auch gegenüber dem Verschaffungsschuldner wird der Leiharbeiter grundsätzlich nichts über die Betriebsvorgänge beim Verschaffungsgläubiger ausplaudern dürfen. 270) Eine Ausnahme kann nur dann angenommen werden, wenn Zweck der Abstellung die Übertragung von Betriebsmethoden oder wirtschaftliche Einflußnahme auf den fremden Betrieb ist. 271)

- c) Die Verpflichtung zur Lohnzahlung, Sozialversicherung und Abführung der Beträge bleibt auf Grund des Arbeitsvertrages und des Dienstverschaffungsvertrages grundsätzlich bei dem Verschaffungsschuldner. 272) Der Verschaffungsgläubiger haftet dem Leiharbeiter auch dann nicht, wenn der Verschaffungsschuldner zahlungsunfähig wird oder den Lohn an

268) M o l i t o r, Geteiltes Weisungsrecht, DB 1960 S.29.

269) Vgl. H u e c k - N i p p e r d e y, a.a.O.Bd.I S.473, sowie N i k i s c h, a.a.O. Bd.I S.214.

270) Das Problem wird vor allem bei der "Ausleihung" von Hausangestellten bezüglich der internen familiären Vorgänge aktuell.

271) S o N i k i s c h, a.a.O. S.214, 215.

272) A.A. B e i n e Diss.S.25 ff.; M a u s, Arbeitsverhältnis S.205, sowie die oben in Anm.256 zum mittelb. Arbeitsverhältnis Zitierten; ebenso M a u r e r, a.a.O. F III; wie hier T r i e s c h m a n n, a.a.O. DB 1956, 17.

den Arbeitnehmer nicht weitergibt. 273) Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Verschaffungsgläubiger die Lohnzahlungspflicht oder eine Haftung dafür gegenüber dem Verschaffungsschuldner oder dem Leiharbeiter übernommen hat. 274) 275)

Ein weiteres Problem in diesem Zusammenhang ist, wer im Verhältnis zum Staat Schuldner, bzw. Haftender für die Lohnsteuer wird.

Gem. § 38 Abs.3 Satz 1 EStG ist der Arbeitnehmer Schuldner, nach Satz 2 der Arbeitgeber Haftender für die Lohnsteuer. Gem. § 7 Abs.1 StAnpG sind Arbeitnehmer und Arbeitgeber hinsichtlich Erhebung und Entrichtung der Lohnsteuer Gesamtschuldner.

Es ist nun zu untersuchen, ob die Haftung des Verschaffungsschuldners während der Vertragszeit endet und ob stattdessen der Verschaffungsgläubiger, oder aber ob beide für Erhebung und Entrichtung der Lohnsteuer haften.

Dabei ist vom Wesen der steuerrechtlichen Haftung auszugehen: Haftender ist eine Person, die unter gewissen Voraussetzungen neben oder anstelle des Steuerschuldners für dessen Steuerschulden einzustehen hat. 276)

Dabei geht die herrschende Ansicht davon aus, daß es sich um einen Schadenersatzanspruch wegen einer unterlassenen Tätigkeit im Hinblick auf die steuerrechtlichen Verpflichtungen des Steuerschuldners handelt. 277) 278)

Die Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers besteht in der Berechnung, Erhebung und Abführung der Lohnsteuer an das Finanzamt. Sie ist dem Arbeitgeber deshalb auferlegt, weil er selbst unmittelbar den Lohn an die Arbeiter ausbezahlt. Er hat die Lohnsummen in Händen und kann mühelos die Steuer einbehalten. Die Berechnung der Steuersummen für die einzelnen Arbeitnehmer kann von seiner Buchhaltung wegen der vielen gleichgelagerten Fälle verhältnismäßig mühelos vorgenommen werden.

273) 274) Im Ergebnis wie hier BArbG, BB 1959 S.195.

275) Ebenso K a s k e l - D e r s c h, a.a.O. S.27,28.

276) Vgl. M ü n s t e r m a n n, a.a.O. S.303.

277) So das Urteil des RFH VI A 258/27 v.30.6.1927 in Kartei EStG § 19 R 21.

278) Zur Frage der Anwendung von Ermessen durch das Finanzamt, vgl. K ü h n, a.a.O.zu §2 StAnpG S.673 f.

Wendet man diese Grundsätze auf das Dienstverschaffungsverhältnis an, so ergibt sich, daß der Verschaffungsgläubiger grundsätzlich nicht für die Lohnsteuer haftet. Er ist nicht Schuldner hinsichtlich des Lohnes gegenüber dem Leiharbeiter,²⁸⁰⁾ weder berechnet er den Lohn, noch geht die auszuzahlende Lohnsumme durch seine Hände, denn die ganze Verwaltungsarbeit hinsichtlich des Leiharbeiters bleibt beim Verschaffungsschuldner. Der Tatbestand, an welchen die Haftung für die Lohnsteuer angeknüpft ist, trifft somit auf den Verschaffungsgläubiger grundsätzlich nicht zu.²⁸¹⁾ Etwas anderes ist nur dann anzunehmen, wenn der Verschaffungsgläubiger ausnahmsweise selbst die Entlohnung vornehmen würde, oder auch dann, wenn ihm bekannt würde, daß der Verschaffungsschuldner (für andere Zwecke) den Lohnanteil der Vertragssumme nicht an die Leiharbeiter weitergäbe und die Lohnsteuer abführe. In diesem Fall ist der Verschaffungsgläubiger aus seiner Fürsorgepflicht gegenüber dem Leiharbeiter verpflichtet, das Verschaffungsentgelt zurückzubehalten und unmittelbar für Lohnzahlungen und die Abführung der Lohnsteuer zu verwenden.

Bezüglich der Lohnhöhe steht dem Arbeitnehmer ein Wahlrecht zu, ob er den Tarif des Verleiherbetriebes, oder den günstigeren des Entleiherbetriebes beanspruchen möchte. Einesteils behält der Leiharbeiter gegenüber dem Verschaffungsschuldner seinen Lohnanspruch auf Grund des bestehenbleibenden Arbeitsvertrages in Höhe des dortigen Tarifes. Zum anderen erfordert es der Gleichheitsgrundsatz, daß der Leih-

280) Vgl. oben S.28 und S.90.

281) Im Ergebnis für den ähnlich gelagerten Fall, daß größere Aufträge von einer Arbeitsgemeinschaft mehrerer Firmen durchgeführt werden, ebenso: Gutachten des BFH vom 17.4.1951, BStBl.III 51,107 sowie BFH Urteil vom 21.7.1955, BStBl.III 55,254; dort wird für die Haftung für die Lohnsteuer darauf abgestellt, ob die einzelne Firma oder die Arbeitsgemeinschaft selbst den Lohn ausbezahlt.

arbeiter, der funktionell für den fremden Betrieb arbeitet in gleicher Höhe, wie die übrigen dort Beschäftigten bezahlt wird. ²⁸²⁾ Sonst könnten durch Scheinarbeitsverträge mit Arbeitgebern billigerer Tarifgruppen und anschließende Ausleihung die teureren Tarife leicht umgangen werden. ²⁸³⁾ Ist der Tarif im Entleiherbetrieb höher, so steht dem Leiharbeiter gegen den Verschaffungsschuldner ein Anspruch in Höhe des dort zu entrichtenden Lohnes zu. ²⁸⁴⁾

d) Die F ü r s o r g e - und S o r g f a l t s p f l i c h t des Arbeitgebers:

Aus dem Arbeitsvertrag bleibt der Verschaffungsschuldner gegenüber dem Leiharbeiter zur Fürsorge verpflichtet. Mit Erwerb des Anspruches auf die Arbeitsleistung und Beschäftigung in dem fremden Betrieb entsteht zugleich eine Verpflichtung des Verschaffungsgläubigers gegenüber dem Arbeitnehmer, gerichtet auf Einhaltung der Fürsorge- und Sorgfaltspflichten, sowie Befolgung der Schutzvorschriften des § 618 BGB und zur Aufklärung über betriebliche Gefahrenmomente.

282) Hueck - Nipperdey, a.a.O. Bd.I S.

283) Vgl. Endemann, BB 1951, 788.

284) Im Ergebnis ebenso: B e i n e, DAR 1937 S.188; RAGE 16 S.132 = AS 26 S.234; vgl. auch AR-Kartei "Tarifordnung Einzelfragen".

Es ist anzunehmen, daß insoweit der Verschaffungsgläubiger gegenüber dem Leiharbeiter in den Arbeitsvertrag eintritt und die genannten Verpflichtungen übernimmt. Damit bekommt der Leiharbeiter einen eigenen, unmittelbaren vertraglichen Anspruch gegen den Verschaffungsgläubiger. Soweit dieser sich zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten seiner eigenen Betriebsangehörigen bedient haftet er dem Leiharbeiter für deren Verschulden nach § 278 BGB. ²⁸⁵⁾

Ob während der Beschäftigungszeit des Leiharbeiters im fremden Betrieb der Verschaffungsschuldner aus seiner Haftung für die Fürsorgepflicht entlassen ist, kann nur von Fall zu Fall beurteilt werden. Das hängt vom Willen des Leiharbeiters ab, denn die befreiende Schuldübernahme durch den Verschaffungsgläubiger bedarf der Zustimmung des Arbeitnehmers als Gläubiger des Sorgfaltsanspruches. H u e c k - N i p p e r - d e y ²⁸⁶⁾ möchten einen Verzicht des Leiharbeiters "nicht ohne weiteres" unterstellen. Demgegenüber ist jedoch zu berücksichtigen, daß der Verschaffungsschuldner keinerlei Einfluß auf die Betriebseinrichtungen, die Weisungen und Tätigkeit des Leiharbeiters während der Vertragszeit ausüben kann. Es wäre deshalb unbillig, ihn entgegen der tatsächlichen Machtlage mit einer auch nur subsidiären Haftung zu belasten. Es kann auch nicht argumentiert werden, daß sich der Verschaffungsschuldner zur Erfüllung seiner Fürsorgepflicht des Entleihers bediene, denn ersterer hat im fremden Betrieb keine Befugnisse.

Der Leiharbeiter selbst, mit dessen Einwilligung die Abstellung erfolgt ist, braucht nicht besser gestellt

-
- 285) Wie hier: S c h n o r r von C a r l s f e l d, a.a.O. S.24 Anm.2 gegen die herrschende Meinung: Vgl. statt Vieler H u e c k - N i p p e r d e y, a.a.O. Bd.I S.182 Anm.5, sowie oben, Anm.241.
- 286) a.a.O. Bd.I S.474 Anm.40; Im Ergebnis wie hier: T r i e s c h m a n n, DB 1956 Beilage 16 III 1; ebenso das in diesem Punkt nicht veröffentlichte Urteil des OLG F r a n k f u r t v.20.5.1954 AZ 1/7 U 49/54; 2 HO O 251/51 LG Ffm. Auch der BGH 8, 330 ff., 332, scheint sich dieser Ansicht zuzuneigen.

zu werden, als die eigenen Arbeitnehmer des Verschaffungsgläubigers, welche sich, soweit die Sozialversicherung nicht einspringt, auch nur an ihren eigenen Arbeitgeber halten können.

Somit wird man annehmen können, daß während der Verschaffungszeit die Fürsorgepflicht allein den Verschaffungsgläubiger trifft. Die fortbestehenden Sorgfaltspflichten des Verschaffungsschuldners ruhen währenddessen.

Allerdings begleitet den Leiharbeiter die Fürsorgepflicht seines bisherigen Arbeitgebers bis zur Einflußsphäre des Entleiher; deshalb ist der Verschaffungsschuldner verpflichtet bei der Auswahl des -gläubigers sorgfältig zu sein. Stellt er den Arbeitnehmer einem bekannt unsorgfältigen Unternehmer zur Verfügung, ohne ihn darüber aufzuklären, so haftet er bei Schadensfall dem Leiharbeiter aus culpa in eligendo.

Weiterhin wird man den Verschaffungsschuldner für verpflichtet halten, den Dienstverschaffungsvertrag zu kündigen, wenn er von den Arbeiter schädigenden Vorfällen, wie übermäßige Ausnutzung oder Mißachtung der Sorgfaltspflichten im Entleiherbetrieb Kenntnis erhält.

- e) Die Folgen der Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht.

Die Haftung eines Unternehmers für Unfälle in seinem Betrieb hängt davon ab, ob es sich bei dem Verunglückten um eine betriebsfremde oder betriebsangehörige Person gehandelt hat.

Im ersteren Fall kann der Verunglückte Schadensersatz nach den allgemeinen Vorschriften und Rechtsgrundlagen verlangen, also z.B. wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht, aus culpa in contrahendo, unerlaubter Handlung, nach dem KFG und dem Reichshaftpflichtgesetz.

Dagegen haftet der Unternehmer betriebsangehörigen Personen grundsätzlich nicht. 287)

Bei den echten Dienstverschaffungsverträgen ist es deshalb insbesondere für den Verschaffungsgläubiger von Bedeutung, ob der Leiharbeiter sein Betriebsangehöriger geworden ist.

Seit dem Inkrafttreten des "Sechsten Gesetzes über die Änderung der Reichsversicherungsordnung" vom 9.2.1942 (RgBl I S.107) ist gemäß § 537 Nr.10 in Verb. mit Nr.1 RVO auch jede Person versichert, die nur vorübergehend in einem Betrieb "wie ein Arbeitnehmer" tätig ist. Der Betreffende muß also eine, wenn auch kurzfristige Arbeit im Rechtssinne geleistet haben.

Nach einer Entscheidung des Bayerischen Landesversicherungsamtes 288) muß eine "Arbeitsleistung, die aus Betriebsgründen für einen Unternehmer ausgeführt wird, dessen ausdrücklichem oder mutmaßlichem Willen entsprechen und von einer gewissen wirtschaftlichen Bedeutung" sein. Ferner muß die Arbeit in einem "Verhältnis wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit" geleistet werden. 289)

Nach dem bisher festgestellten treffen alle diese Voraussetzungen auf das Rechtsverhältnis zwischen Verschaffungsgläubiger und Leiharbeiter zu. 290)

287) Nur nach strafgerichtlicher Feststellung, daß der Unternehmer einen Schaden vorsätzlich verursacht hat, oder aufgr.§ 1 Abs.2 des Ges.über die erweiterte Zulassung von Schadensersatzansprüchen kann eine persönliche Haftung des Arbeitgebers eintreten. Eine Regresspflicht des Unternehmers sehen § 903 in Verb. mit § 899 RVO vor.

288) Entscheidung vom 6.4.1951 - Ve 41/50, Sammlung Breithaupt 1951 S.1225.

289) Wie 275); vgl.auch LG Kempten, Vers.R 1952 S.437ff; LG Köln, VersR 1952 S.438 mit zust.Anm. von Härting; ebenso OVA Freiburg in SozVers 1949 S.127; der BGH fordert Eingliederung wie bei einem eigenen Arbeitnehmer des Verschaffungsgläubigers: NJW 1956 S.1513.

290) Vgl. Höhler - Beckebanze, BB 52 S.551.

Somit ist als Zwischenergebnis festzuhalten, daß der Leiharbeiter auch dann versichert bleibt, wenn er im Entleiherbetrieb tätig wird.

Unstimmigkeit besteht darüber, wer im Verhältnis zu einem verunglückten Leiharbeiter als Unternehmer nach §§ 898, 633 RVO anzusehen ist. Entsprechend der - oben abgelehnten -²⁹¹⁾ schuldrechtlich starren Auslegung der Vertragstheorie durch das Reichsgericht und das Reichsarbeitsgericht, haben die Berufsgenossenschaften in ständiger Übung den Verschaffungsschuldner, als Partner des Arbeitsvertrages, Schuldner des Fürsorgeanspruches und der Sozialversicherungsbeiträge, als alleinigen Arbeitgeber und Unternehmer behandelt.²⁹²⁾ Eine Rechtsprechung über die Frage, wer im Verhältnis zum geschädigten Arbeitnehmer als Unternehmer anzusehen sei, konnte sich nicht entwickeln, weil nach §§ 901, 1543 RVO die ordentlichen Gerichte an die Entscheidung der Berufsgenossenschaft gebunden sind. Zudem hat das Reichsgericht eine sehr weitgehende Bindung der Gerichte angenommen:²⁹³⁾ Demnach "könne es im Verhältnis zum Verletzten nach dem Aufbau der Sozialversicherung immer nur einen Unternehmer geben;" deshalb erstrecke sich die Bindung nicht nur darauf, in welchem Betrieb sich der Unfall zugetragen habe und wer dessen Unternehmer sei, sondern "schließe auch aus, daß noch eine andere Person Betriebsunternehmer sei".²⁹⁴⁾

291) Vgl. S.84 f.

292) So RVA I K - P Bd.I 142; RVA I a 1352/24, AN 1925 S.188 OVA Freiburg SozVers.1949 S.127; Berufsgenossenschaftl. Schiedsstelle Bonn vom 7.2.1951 und 4.2.1952 in Samml. Breithaupt 1952 S.772.

293) Der bis 1924 zuständige VI.Ziv.Senat ging noch davon aus, daß ein Unfall des Leiharbeiters sowohl dem Betrieb des Verleihers, als auch dem des Entleihers zugerechnet werden könne; RG 74,223; 97,206; 98,252.

294) Vgl. RG 170,216 = EuM 50,251 = DR 43,493; RG 171,393 = DR 44,185; sowie RG DR 1944,296; Vgl. zu dieser Frage: Bach, VersR 1952 S.26, sowie Wussow, a.a.O. S.235; Herschel in DR 1944 S.296 ff., 300; DR 1943 S.494.

Damit käme dem Verschaffungsgläubiger nicht der Schutz des § 898 RVO zugute. Die Folge wäre, daß er sich nach Regelung des Schadens durch die Berufsgenossenschaft des Verschaffungsschuldners, Ansprüchen des Leiharbeiters auf Bezahlung des weiteren Schadens in Form von Verdienstausschlag und Schmerzensgeld gegenübersehe. Ein äußerst unbilliges Ergebnis! Denn auch der Verschaffungsgläubiger ist Mitglied einer Berufsgenossenschaft und muß im Innenverhältnis die vom Verschaffungsschuldner ausgelegten Versicherungsbeiträge ersetzen. Er ist also wirtschaftlich gesehen Träger der Sozialversicherungslasten des Leiharbeiters.

Zugleich läge darin eine ungerechtfertigte Begünstigung des Leiharbeiters im Vergleich zu den Stammarbeitern des Verschaffungsgläubigers, da diese mit ihren weitergehenden Ansprüchen gegen den Verschaffungsgläubiger gemäß § 898 RVO ausgeschlossen werden. ²⁹⁵⁾

Um dieses unbillige Ergebnis zu vermeiden, mußte das Reichsgericht in Abweichung seiner eigenen früheren Rechtsprechung ²⁹⁶⁾ dem Entleiher als "Bevollmächtigten oder Repräsentanten" des Verschaffungsschuldners den Schutz des § 899 RVO gewähren.

Auch der Bundesgerichtshof schloß sich dieser Rechtsprechung an. ²⁹⁷⁾ Während das Reichsgericht zu dem Ergebnis in konsequenter Anwendung seiner Rechtsprechung zur Fürsorge und Sorgfaltspflicht des Verschaffungsschuldners kam, ²⁹⁸⁾ erscheint das Festhalten des BGH an dieser Rechtsprechung nicht verständlich, denn das Gericht nimmt

295) Wie hier: T e u t s c h, a.a.O. S.3 ff., 19 ff; im Ergebnis wie hier, G r a n d, a.a.O. S.17.

296) Noch in seiner Entscheidung vom 30.5.1932, Bd.136 S.345 hatte das Gericht angenommen, daß ein "Bevollmächtigter oder Repräsentant" eine mit einem bestimmten Pflichtenkreis verbundene Stellung im Betrieb des Unternehmers einnehmen müsse.

297) Urteil vom 16.1.1953, Bd.8 S.330 = VersR 1953,134 = VRS Bd.5 S.170 = DB 1953 S.106 = BB 1953 S.202 = NJW 1953 S.459 ff.

298) Vgl.oben S 84 f.

an, daß durch die Eingliederung in den Betrieb der Verschaffungsgläubiger "auch eine eigene Fürsorgeverpflichtung gegenüber dem Leiharbeiter übernehme" und "im weiteren Sinne der Arbeitgeber sei". 299) Folgerichtig müßte somit der BGH den Verschaffungsgläubiger auch in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht als Unternehmer behandeln.

Die zitierte Rechtsprechung führt zwar unter Anwendung von § 899 RVO zu einem billigen Ergebnis, steht jedoch im Widerspruch zu dem Wortlaut und Sinn der entsprechenden Bestimmungen der RVO:

Nach § 633 RVO ist derjenige Unternehmer, der Risiko und Lasten des Betriebes trägt, dem die Einnahmen daraus zufließen und der das Verfügungsrecht über den Betrieb ausübt. Das ist während der Verschaffungszeit der Betrieb des Verschaffungsgläubigers; wirtschaftlich betrachtet ist der Verschaffungsgläubiger sogar Träger der Sozialversicherungsbeiträge für den Leiharbeiter.

Daneben ist auch der Verschaffungsschuldner mit Arbeitgeberbefugnissen und -Pflichten ausgestattet. Er ist deshalb ebenso "Unternehmer" im Sinne der RVO. Es muß ihm deshalb aus § 898 RVO ebenfalls der Haftungsausschluß, insbesondere für culpa in eligendo bei der Auswahl des Verschaffungsgläubigers, zugute kommen.

Somit dürfte das richtige Ergebnis in der Bejahung der Unternehmereigenschaft sowohl für den Verschaffungsgläubiger als auch für den Verschaffungsschuldner zu finden sein. 300)

299) Vgl. auch BGH in LM Nr.4 zu § 839 RVO; sowie in LM Nr.10 zu § 898 RVO; ebenso OLG Frankfurt in NJW 1954 S.1731.

300) Die gleichzeitige Zugehörigkeit zu zwei Betrieben wird insbesondere von S c h n o r r von C a r o l s - f e l d bejaht (S.24, Anm.4 mit weiteren Schrifttumshinweisen); ebenso jetzt auch BGHZ 21,207. Vgl. für das Betriebsverfassungsrecht G a l p e r i n, a.a.O. § 6 Anm.8. Im Ergebnis wie hier, C l a s e n, VersR 1952 S.193.

Folgerichtig müßten für die Zeit der Beschäftigung des Leiharbeiters beim Verschaffungsgläubiger dessen Berufsgenossenschaft die Beiträge zustehen. Der Verschaffungsschuldner, der im Innenverhältnis aufgrund des Dienstverschaffungsvertrages zur Abführung des Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteiles verpflichtet ist, hätte die Beträge zu berechnen und zu überweisen. Als Berechnungsgrundlage könnte dabei der bisherige Grundbetrag verwendet werden.

Für den konkreten Unfall müßte dann die Berufsgenossenschaft des Verschaffungsgläubigers zuständig sein. Das entspricht dem Grundgedanken des § 537 Nr.10 RVO, wonach auch bei einer kurzfristigen Beschäftigung die Sozialversicherung desjenigen Betriebes, für welchen gearbeitet wurde, zuständig ist.

Wegen der Annahme einer Repräsentantenstelle für den Entleiher durch die Rechtsprechung,³⁰¹⁾ ist der soeben aufgezeigte Weg jedoch abgeschnitten.

Das kann für solche Berufsgenossenschaften, deren Mitglieder häufig ihre Arbeitnehmer ausleihen, zu schweren wirtschaftlichen Verlusten führen.³⁰²⁾

301) Vgl. Anm.284 und 286.

302) Vgl. zu dieser Frage auch L a u t e r b a c h, a.a.O. S.120 und S.220 Anm.1.

Eine andere Ansicht vertritt B r a c k m a n n, a.a.O. Bd.II S.500 im Anschluß an die Entscheidung des RVA vom 9.3.1943, AN S.150, sowie EuM 37 S.444; demnach sei eine Lösung vom Stammunternehmen nur dann anzunehmen, wenn die Tätigkeit in dem entleihenden Unternehmen "nach Art und Dauer die Beziehungen der Versicherten zum Stammunternehmer derart lose erscheinen läßt, daß die Versicherten praktisch nicht mehr als dessen Arbeitnehmer angesehen werden könnten." Als ausreichende Zeit sieht B r a c k m a n n etwa einen Monat an. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Leiharbeiter wegen der Einordnung in den Betrieb des Entleihers und Unterstellung unter dessen Weisungsrecht von der ersten Minute an nicht mehr als Arbeitnehmer des Verleihers erscheint, sondern wie ein Belegschaftsmitglied des Verleihers zu behandeln ist.

Vgl. auch die mit den oben in dieser Anm. zitierten Entscheidungen im Widerspruch stehende Entscheidung des RVA in EuM 17 S.95 wonach bei einer unentgeltlichen Verleihung von 4 bis 6 Wochen der Verleiher trotzdem als Unternehmer behandelt wurde.

f) Das K ü n d i g u n g s r e c h t .

aa) Der V e r s c h a f f u n g s s c h u l d n e r kann gegenüber dem Arbeitnehmer unter Beachtung der Kündigungsschutzvorschriften das Arbeitsverhältnis kündigen. Das hat zur Folge, daß das partielle Arbeitsverhältnis zwischen Verschaffungsschuldner und Leiharbeiter mit Ablauf der Kündigungsfrist erlischt. Fraglich ist jedoch, ob die Kündigung gleichzeitig auch das partielle Arbeitsverhältnis des Leiharbeiters zum Verschaffungsgläubiger mit ergreift. Das wird kaum anzunehmen sein, denn dieser Teil des Arbeitsverhältnisses beruht auf dem selbständigen Anspruch des Verschaffungsgläubigers gegen den Leiharbeiter auf dessen Arbeitsleistung. Das Recht des Verschaffungsgläubigers könnte nur dadurch zum Erlöschen kommen, daß die Vertragszeit der Dienstverschaffung abläuft, oder der Dienstverschaffungsvertrag einverständlich aufgehoben würde.

Die Kündigung durch den Verschaffungsschuldner wird deshalb im Zweifel das partielle Arbeitsverhältnis zum Verschaffungsgläubiger nicht beeinträchtigen. Etwas anderes wäre nur dann anzunehmen, wenn zwischen den Parteien des Dienstverschaffungsvertrages ausdrücklich vereinbart ist, daß die Verschaffungsverpflichtung vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zwischen Verschaffungsschuldner und Leiharbeiter abhängig sein soll. Kündigt somit der Verschaffungsschuldner, so hat der Leiharbeiter bis zum Ablauf der Verschaffungszeit seine Arbeit beim Entleiher fortzusetzen. Nach Ausscheiden aus dessen Betrieb braucht sich der Leiharbeiter jedoch nicht mehr dem Verschaffungsschuldner zur Ableistung zu stellen.

bb) Andererseits steht auch dem Verschaffungsgläubiger ein Kündigungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer zu.

Seinem Wesen nach kann es nur das eigene partielle Arbeitsverhältnis erfassen. 303)

Fraglich dabei erscheint allerdings, ob auch der Verschaffungsgläubiger für seinen Teil des partiellen Arbeitsverhältnisses an die Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes (§ 66) und des Kündigungsschutzgesetzes gebunden ist.

Gem. § 66 BVerfG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören, was darauf schließen läßt, daß ein weitgespannter Schutz aller Arbeitnehmer, also auch der Leiharbeiter im fremden Betrieb erreicht werden sollte.

Das Kündigungsschutzgesetz wird auf die meisten Fälle der Leiharbeitsverhältnisse nicht anwendbar sein, weil der Arbeitnehmer kürzer als 6 Monate im fremden Betrieb tätig sein wird. Bei mehr als sechsmonatiger ununterbrochener Dauer des Leiharbeitsverhältnisses trifft das Kündigungsschutzgesetz aber auch auf das Rechtsverhältnis zwischen Verschaffungsgläubiger und Arbeitnehmer zu, denn auch zwischen diesen Personen besteht ein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 1 KSchG. 304)

Aus dem Wesen des nur partiellen, auf kürzere Dauer abgestellten Arbeitsverhältnisses ergibt sich jedoch, daß der Leiharbeiter nicht so gut gestellt sein kann, wie der Stammarbeiter des Entleiherbetriebes. Dem ist durch die Anwendung der Abs.2 und 3 des § 1 KSchG Rechnung getragen. 305) So wurde der Leiharbeiter häufig aus Gründen eines plötzlich aufgetretenen Arbeitskräftebedarfes eingestellt; läßt der Auftragseingang nach, so stehen "dringende betriebliche Erfordernisse" seiner Weiterbeschäftigung entgegen, während das für die Stammarbeiter

303) Eine andere Frage ist, ob sich der Verschaffungsgläubiger durch vorzeitige Kündigung des partiellen Arbeitsverhältnisses nicht in Annahmeverzug bez. des Dienstverschaffungsvertrages versetzt und zur Zahlung des Entgelts verpflichtet bleibt.

304) Vgl. hierzu N i k i s c h, a.a.O. S.217, Anm.51; H u e c k, Kündigungsschutzgesetz, § 3 Anm.8.

305) H u e c k - N i p p e r d e y, a.a.O. Bd.I S.389 sprechen in diesem Zusammenhang von einem gesetzlichen Ausschluß des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Verhältnis zwischen Stammarbeiter und Leiharbeiter.

noch nicht zuzutreffen braucht.

Bei der Anwendung des Abs.3 von § 1 KSchG ist bei der Einbeziehung "der sozialen Gesichtspunkte" hinsichtlich der Auswahl des zu Kündigenden zu berücksichtigen, daß der Leiharbeiter nach seinem Ausscheiden aus dem Entleiherbetrieb das bis dahin ruhende Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher wieder fortsetzen kann, sodaß er nicht ohne weiteres seinen Arbeitsplatz verliert. 306)

Hält der Leiharbeiter die Kündigung durch den Entleiher für sozial ungerechtfertigt, so hat er die Klage nach erfolgtem Kündigungseinspruch gegen den Entleiher zu richten. 307)

Bei wichtigem Grund, z.B. Unehrlichkeit des Leiharbeiters kann der Verschaffungsgläubiger auch außerordentlich kündigen. 308)

Ist der Anlaß so schwerwiegend, daß es dem Verschaffungsschuldner nicht mehr zuzumuten ist, den Arbeitnehmer anschließend wieder in seinen Betrieb aufzunehmen, so wird man ihn ebenfalls für befugt halten, daß eigene partielle Arbeitsverhältnis vorzeitig fristlos aufzulösen.

- cc) Der L e i h a r b e i t e r behält sein Kündigungsrecht gegenüber dem Verschaffungsschuldner auch während der Zeit der "Ausleihe". Er hat sich dabei an die gesetzliche Kündigungsfrist zu halten. Die Kündigung hat zur Folge, daß der Leiharbeiter nach Ablauf der Frist nicht mehr für den Verschaffungsschuldner zu arbeiten hat.

306) N i k i s c h, a.a.O. S.217, Anm.51 hält die Frage für "zweifelhaft", scheint jedoch zu der hier vertretenen Auffassung zu tendieren.

307) A.A. H u e c k, Kündigungsschutzgesetz, § 3 Anm.8.

308) Zugleich ist der Verschaffungsgläubiger befugt, den Dienstverschaffungsvertrag fristlos zu kündigen, da ihm eine Fortsetzung der Beschäftigung des unbrauchbaren Dritten nicht mehr zuzumuten ist.

Auch das partielle Arbeitsverhältnis des Leiharbeiters zum Verschaffungsgläubiger unterliegt dem Kündigungsrecht. ³⁰⁹⁾ Regelmäßig ist jedoch nicht anzunehmen, daß der Leiharbeiter im Vertrag zu Gunsten des Verschaffungsgläubigers für die Dauer der Verschaffungszeit auf eine Kündigung verzichtet hat. Bei wichtigem Grund hat der Leiharbeiter gegenüber dem Entleiher ein Recht zur außerordentlichen Kündigung. Lag bezüglich der Auswahl des Verschaffungsgläubigers ein Verschulden des Verschaffungsschuldners vor, so kann der geschädigte Leiharbeiter auch das Arbeitsverhältnis zu diesem fristlos kündigen.

g) Das Wahlrecht zum Betriebsrat.

Da der Leiharbeiter sowohl zum Verschaffungsgläubiger, als auch zum -schuldner in einem partiellen Arbeitsverhältnis steht, ist er, wenn die übrigen Voraussetzungen des Betriebsverfassungsgesetzes vorliegen, grundsätzlich in beiden Betrieben aktiv und passiv wahlberechtigt. ³¹⁰⁾ Zweck des Wahlrechts ist es, durch gezielte Abgabe der Stimme auf die arbeitsrechtlichen Bedingungen im Betrieb Einfluß nehmen zu können. Man wird deshalb dem Leiharbeiter nur dann ein Wahlrecht einräumen können, wenn seine Stimmabgabe für ihn noch Einfluß haben kann. Das ist dann nicht anzunehmen, wenn er nur für kurze Zeit in den Entleiherbetrieb

309) Vgl. Trieschmann, RdA 1955 S.53; Nikisch, a.a.O. Bd.I S.217 ff; Maurer, AR-Blattei "Leiharbeitsverhältnisse" G II 1; ebenso Kaskel - Dersch, a.a.O. S.293. Siehe auch Herschel - Steinmann, a.a.O. Anm.14, 19; sowie für das mittelbare Arbeitsverhältnis und die unständigen Hafenarbeiter Auffarth - Müller, a.a.O. § 1 Anm.124, 125; sowie zum Begriff des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzrecht Erdmann - Müller, a.a.O. S.35.

310) Vgl. Dietz, a.a.O. § 6 Anm.5 und 10; Fitting - Kraegeloh, a.a.O. § 6 Anm.8; teilweise anderer Ansicht Galperin, a.a.O. § 6 Anm.8, 13 der grundsätzlich nur für den Betrieb ein Wahlrecht bejahen möchte, zu welchem die arbeitsrechtlichen Beziehungen überwiegen. Dies festzustellen wird insbes. bei den unechten Leiharbeitsverhältnissen schwierig sein.

abgestellt ist, sodaß er dort wieder ausscheidet, bevor der neu gewählte Betriebsrat zum ersten Mal zusammentritt.

h) Der U r l a u b s a n s p r u c h .

Das Urlaubsrecht ist landesrechtlich geregelt. ³¹¹⁾
Der Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Gewährung von Urlaub in der Form der Freistellung von der Arbeitspflicht unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts, ist kein Entgelt für in der Vergangenheit geleistete Arbeit ³¹²⁾, sondern bildet einen eigenständigen Anspruch aus dem Arbeitsvertrag, dessen Wesen durch den Erholungszweck bestimmt ist. ³¹³⁾

Da sowohl der Verschaffungsschuldner, als auch der V-Gläubiger aus ihren beiden partiellen Arbeitsverhältnissen - welche zusammengekommen ein einheitliches bilden ³¹⁴⁾ - dem Arbeitnehmer zur Fürsorge verpflichtet sind ³¹⁵⁾, sind somit beide Schuldner eines fälligen Urlaubsanspruches. ³¹⁶⁾

Zur Herbeiführung der Fälligkeit des Urlaubsanspruches bedarf es noch der zeitlichen Festlegung des Urlaubsbeginnes; das erfolgt durch Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer und wenn keine Einigung erreichbar ist, aufgrund des Direktionsrechts des Arbeitgebers. ³¹⁷⁾

Beim Leiharbeitsverhältnis wird der Urlaubsbeginn gewöhnlich zwischen dem Verleiher, der die Verwaltungsarbeit behält, und dem Arbeitnehmer vereinbart werden und zwar so, daß die Urlaubszeit nicht in den

311) Vgl. für Bayern Urlaubsgesetz vom 11.5.1950 in der Fassung vom 8.11.1954, GVBl. S. 81.

312) So noch RAG in AS 8, 280.

313) So D e r s c h, Urlaubsgesetze, Anm.79.

314) Vgl. oben S.86 f., 87.

315) Vgl. oben S.91.

316) Ebenso D e r s c h. a.a.O. Anm.183 a, der hier von einem "Mitarbeiter" in der Person des Verschaffungsgläubigers spricht.

317) So S c h n o r r von C a r o l s f e l d, a.a.O. S.254 b., sowie ders. zur Anspruchsgrundlage auf S. 246.

Verschaffungszeitraum fällt. Auch das Urlaubsgeld wird vom Verschaffungsschuldner entrichtet.

Fällt die Urlaubszeit in den Verschaffungszeitraum, so bedarf es einer diesbezüglichen Vereinbarung im Dienstverschaffungsvertrag, woran der Verschaffungsgläubiger auch gegenüber dem Leiharbeiter gebunden ist.

Dann richtet sich, entsprechend dem Inhalt der beiden partiellen Arbeitsverhältnisse, der Anspruch des Leiharbeiters auf Freistellung von Arbeit gegen den Entleiher, der Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgeltes jedoch gegen den Verleiher. ³¹⁸⁾

- i) Der Gleichbehandlungsgrundsatz hinsichtlich betrieblicher Vorteile und der Ausübung des Direktionsrechts.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz entspringt nach herrschender Meinung aus dem, dem Arbeitsvertrag zugrundeliegenden Treue- und Fürsorgegedanken. ³¹⁹⁾ Er sagt aus, daß wirklich gleiches gleich zu behandeln ist und eine willkürliche Ungleichbehandlung aus unsachlichen oder sachfremden Gründen im Rahmen des Einzelarbeitsverhältnisses unzulässig ist. ³²⁰⁾ Die Gleichbehandlungspflicht des Arbeitgebers bezieht sich insbesondere auf die Lohn- und sonstige vertraglichen Ansprüche, auf freiwillige soziale Leistungen und auf die Ausübung des Direktionsrechts. ³²¹⁾

Beim Leiharbeitsverhältnis muß untersucht werden, inwieweit der Arbeitnehmer infolge des vorübergehenden Ausscheidens mit den übrigen Stammarbeitern des Verleihers noch gleichzustellen ist und ob eine Gleichbehandlung mit den Arbeitnehmern des Entleihers zu erfolgen hat.

318) Vgl. oben S.28 und insbes. S.90.

319) So Hueck - Nipperdey, a.a.O. Bd.I S.383, mit weit.Lit.Hinw. Demgegenüber weist Schnorr von Carlsfeld, a.a.O. S.274 auf die gesetzlichen Gleichbehandlungsverpflichtung des § 51 BVerfG hin.

320) BAG in AP Nr.6 zu § 3 TOA; sowie BGH, Betrieb 52S.167

321) Vgl. Hueck - Nipperdey, a.a.O. Bd.I, S.387ff.

Dabei ist für die freiwilligen Sonderleistungen der Arbeitgeber darauf abzustellen, ob sie für die tatsächliche und konkrete Arbeitsleistung in diesem Betrieb gewährt werden oder ob der Rechtsgrund der Leistung in einer langjährigen Betriebszugehörigkeit, in der Hoffnung auf weiteren Verbleib in dem Betrieb oder in besonderen betrieblichen Verdiensten liegt.

Es ist deshalb davon auszugehen, daß z.B. eine bisher im Betrieb des Verleihers gewährte Schmutzzulage, ein Zuschuß für Arbeitskleidung, ein Ersatz für besondere Reisekosten, Mehr- Über- oder Sonntagsarbeitszuschläge mit der Beendigung der Tätigkeit wegfallen; Der Leiharbeiter arbeitet zeitweilig nicht mehr mit den übrigen Stammarbeitern des Verleihbetriebes zusammen und ist insoweit nicht mehr gleich mit ihnen zu behandeln. Dagegen stehen dem Leiharbeiter die mit der Tätigkeit im fremden Betrieb zusammenhängenden und den dortigen Stammarbeitern gewährten Zulagen zu.

Ebenso wird der Leiharbeiter einen Anspruch haben, an einem im Betrieb des Entleihers veranstalteten Betriebsausflug teilzunehmen. Dieses Ergebnis erscheint auch insofern zweckmäßig, als an einem solchen Tag regelmäßig der ganze Entleiherbetrieb stillliegt, während bei einer Teilnahme am Betriebsausflug des Verleihbetriebes ein Arbeitstag für den Entleiher verloren ginge.

Andererseits wird der Leiharbeiter keinen Anteil an den Pensionsleistungen, zusätzlichen Renten, oder Weihnachtsgratifikationen des Entleiherbetriebes haben; ebenso wenig steht ihm ein Anspruch auf eine werkeigene Wohnung zu, denn diese Sonderleistungen sind auf längere Betriebszugehörigkeit abgestellt.

Umgekehrt verliert der Arbeitnehmer infolge des Ausleihens nicht die soeben erwähnten Ansprüche gegen

seinen bisherigen Stammarbeitgeber, denn es ist beabsichtigt, daß er wieder in den Betrieb zurückkehrt. Außerdem arbeitet der Leiharbeiter auch während der Verschaffungszeit wirtschaftlich betrachtet zum Nutzen des verleihenden Betriebes, denn der vom Entleiher zu entrichtende Zuschlag ist für den Verleiher Unternehmergewinn. 322)

Auch bei der Ausübung des Direktionsrechts ist der Entleiher an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden. Soweit im Dienstverschaffungsvertrag oder in dem Zusatzvertrag zu seinen Gunsten nichts anderes vereinbart ist, darf der Leiharbeiter nicht willkürlich zu Mehr- Nacht- oder Sonntagsarbeit herangezogen werden, es darf ihm nicht ein nur ihn diskriminierendes Rauchverbot auferlegt oder eine alleinige Torkontrolle von ihm verlangt werden.

Wie schon oben S.101 erwähnt, ist bei der Kündigung der Gleichbehandlungsgrundsatz kraft Gesetzes weitgehend ausgeschlossen.

k) Die Behandlung von Arbeitnehmererfindungen.

Dem Arbeitnehmererfindungsgesetz (AErfG) unterliegen nach dessen § 1 Erfindungen und technische Verbesserungsvorschläge von Arbeitnehmern im privaten und öffentlichen Dienst. Als Arbeitnehmer im privaten Dienst gelten dabei alle Personen, die aufgrund einer privatrechtlichen Vereinbarung im Dienste eines anderen, in abhängiger Stellung tätig sind. 323)

322) Vgl. hierzu insbes. Götz H u e c k, a.a.O.S.232, der als entscheidendes Moment für die Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes die Gemeinschaftsbindung ansieht. Demnach ist in persönlicher Hinsicht die Zugehörigkeit zu dem jeweils für die Gleichbehandlung maßgebenden Gemeinschaftsverhältnis entscheidend. Das ist im Arbeitsrecht die Betriebsgemeinschaft. Damit wird das oben gewonnene Ergebnis bestätigt, wonach der Leiharbeiter bezüglich der auf die Dauer abgestellten Einrichtungen beim Verleiher und im Hinblick auf die tatsächliche Arbeitsleistung mit den dort ebenfalls beschäftigten Stammarbeitern des Entleihers gleichzubehandeln ist.

323) Vgl. V o l m e r, a.a.O. § 1 Anm.5; R e i m e r - S c h o c h - S c h i p p e l, a.a.O.S.59, Randziffer 6 u.9; sowie H e i n e - R e b i t z k i, a.a.O.S.35,4).

Für das Dienstverschaffungsverhältnis ist zu differenzieren, ob der Arbeitnehmer aufgrund eines *u n e c h - t e n* Dienstverschaffungsvertrages wirtschaftlich für den Verschaffungsschuldner arbeitet, während der Verschaffungsgläubiger nur als dessen Vertreter das Weisungsrecht ausübt ³²⁴⁾, oder ob der Dritte als Leiharbeiter aufgrund eines *e c h t e n* Dienstverschaffungsvertrages ³²⁵⁾ zur ausschließlichen wirtschaftlichen Verwendung des Verschaffungsgläubigers steht. Im ersten Fall treten die Wirkungen des Gesetzes ³²⁶⁾ nur zwischen Verschaffungsschuldner und Arbeitnehmer ein, denn nur zwischen diesen Personen besteht hier das Arbeitsverhältnis ³²⁷⁾, und nur dem Verschaffungsschuldner wird die Arbeit wirtschaftlich und rechtlich geleistet.

Es wäre auch unbillig, wenn z.B. ein wertvoller technischer Verbesserungsvorschlag eines Transportarbeiters, der als Unternehmerarbeiter für seinen Betrieb in einem fremden Unternehmen tätig ist, nun diesem Unternehmen zugute kommen würde. ³²⁸⁾

Handelt es sich dagegen um ein Leiharbeitsverhältnis im Sinne dieser Abhandlung ³²⁹⁾, so entstehen die besonderen Rechtsbeziehungen nach dem Arbeitnehmer-Erfindungsgesetz nur zwischen dem Arbeitnehmer und dem Verschaffungsgläubiger, denn dessen Betrieb kam die Tätigkeit rechtlich und tatsächlich zugute. Insoweit hatte

324) Vgl. oben S.63 a.).

325) Vgl. oben S.64 ff. b).

326) Z.B. Meldepflicht, Duldungspflicht der Inanspruchnahme der Erfindung, §§ 5 ff AErfG.

327) Vgl. oben S.78 § 9.

328) Im Ergebnis wie hier: *V o l m e r*, a.a.O. S.67, Anm.12, der allerdings den Begriff des Leiharbeitsverhältnisses auch auf die hier als Unternehmerarbeit bezeichneten Fälle angewandt wissen möchte.

329) Vgl. oben S.50 ff.

der Arbeitnehmer die Rechtstellung eines eigenen Arbeitnehmers des Verschaffungsgläubigers. 330)

- 1) Weitere Folgerungen aus der Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses.

Die Haftung des Arbeitnehmers ist dann eingeschränkt, wenn er eine besonders gefahrgeneigte Arbeit zu leisten hat. Demnach kann der Arbeitgeber aus seiner Fürsorgepflicht heraus dem Arbeitnehmer nicht eine Belastung mit solchen Schäden und Schadensersatzansprüchen zumuten, welche aus der besonderen Gefahr der übertragenen Arbeit herrühren und deshalb zum typischen Unternehmerisiko gehören. 331) Hier ist im Falle leichter Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers der Schaden unter Berücksichtigung aller Umstände wie Art der Tätigkeit, Versicherung des Arbeitgebers, Höhe des Arbeitsentgeltes und des Schadens, Dauer der Betriebszugehörigkeit und persönlicher Umstände in angemessenem Umfang zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu teilen. 332)

Die Grundsätze sind auch auf das Rechtsverhältnis zwischen Verschaffungsgläubiger und Leiharbeiter anzuwenden, für denjenigen Schaden, den der Leiharbeiter im fremden Betrieb verursacht.

Dabei ist zu berücksichtigen, daß gerade beim Beginn einer Tätigkeit an ungewohnten Geräten oder Maschinen eine besondere Gefahr der Schadensverursachung besteht. Es obliegt deshalb einerseits dem Verschaffungsgläubiger den Leiharbeiter besonders sorgfältig in das neue Tätigkeitsgebiet einzuweisen und ihn über besondere Gefahren und Risiken in seinem Betrieb aufzuklären, andererseits hat der Leiharbeiter die Verpflichtung nicht nur mit bisherigen Routine an die neuen Gegebenheiten heranzugehen,

330) Die von V o l m e r, a.a.O. S.67, Anm.13 in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung des RAG AS 39,224 ist hier nicht einschlägig, denn es geht dort nur um die Frage ob eine Erfindung dem Arbeitgeber anzubieten ist, nicht aber welchem Arbeitgeber, dem V-Schuldner oder dem V-Gläubiger.

331) Vgl.BGH AP § 611 BGB, Haftung des Arbeitnehmers Nr.1.

332) Vgl. Urt.d.BAG v.19.3.1959, NJW 1959 S.1796.

sondern er muß sich besonders gewissenhaft an den neuen Geräten einarbeiten.

Im Schadensfall ist deshalb auf die Einhaltung der Aufklärungspflicht des Verschaffungsgläubigers und die Befolgung der Vorsichtsmaßregeln durch Arbeiter besonders zu achten.

Eine A u f r e c h n u n g gegen Lohnansprüche des Leiharbeiters steht dem Verschaffungsgläubiger regelmäßig nicht zu, denn er ist nicht Lohnschuldner.

Für die Aufrechnungsmöglichkeiten des Verschaffungsschuldners gelten die allgemeinen Bestimmungen der 850 f ZPO. ³³³⁾

333) Vgl. hierzu Hueck - Nipperdey,
a.a.O. Bd.1 S.340 ff. Schnorr von
Carolsfeld, a.a.O. S.233 ff.

§ 11. Haftung der Beteiligten des Dienstverschaffungsverhältnisses gegenüber außenstehenden Personen.

1. Beim unechten Dienstverschaffungsvertrag:

Die Anwendung des § 278 BGB setzt immer eine irgendwie geartete Verbindlichkeit des Haftenden zum Haftungsgegner voraus. Davon kann im Verhältnis des durch eine unerlaubte Handlung Verletzten zu dem Schädiger nicht gesprochen werden. Hier entsteht eine Verbindlichkeit erst nach Eintritt des Schadensereignisses. ³³⁴⁾ Somit haftet der Verschaffungsschuldner aus einem unechten Dienstverschaffungsvertrag für ein Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen zwar gegenüber dem Verschaffungsgläubiger, ³³⁵⁾ nicht jedoch gegenüber Außenstehenden aus § 278 BGB. Er haftet also insbesondere nicht gegenüber den Kunden des Verschaffungsgläubigers.

Eine Haftung nach §§ 831, 823 Abs. 1 oder 2 BGB tritt nicht schon dann ein, wenn jemand in seinem Interesse einen anderen zu einem Tun auffordert und dieser in Ausführung der Verrichtung einen Schaden anrichtet; sondern aus § 831 Abs. 2 ergibt sich, daß der "Besteller" gegenüber dem Verrichtungsgehilfen die Stellung eines "Geschäftsherrn" einnehmen muß. "Geschäftsherr" ist, wer dem von seinem Willen abhängigen "Bestellten" Weisungen zu erteilen hat. Letzterer darf also nicht nach eigenem Ermessen handeln können. ³³⁶⁾

Beim unechten Dienstverschaffungsvertrag bleibt der Verschaffungsschuldner als Weisungsberechtigter zugleich "Geschäftsherr" des die Arbeitsleistung ausführenden Dritten. Bis zum erfolgreichen Antritt des Entlastungsbeweises haftet deshalb der Verschaffungsschuldner für Handlungen des Dritten aus vermutetem eigenen Verschulden.

³³⁴⁾ Vgl. RG 62, 346; 75, 257; 76, 313 ff., 319.

³³⁵⁾ Vgl. oben S. 24 a)

³³⁶⁾ Ebenso RGR Komm. § 831, Anm. 2; Geigel, a.a.O. S. 190; vgl. auch RG 170, 322 ff.

Soweit dem Verschaffungsgläubiger die Ausübung des Weisungsrechts übertragen wurde, haftet er aus demselben Gesichtspunkt. In diesem Fall haften beide als Gesamtschuldner (§§ 840, 420 BGB).

Unberührt davon bleibt eine eigene Haftung des Arbeitnehmers bei Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 823 Abs. 1 oder 2.

2. Beim echten Dienstverschaffungsvertrag besteht zwischen Verschaffungsschuldner und demjenigen, gegenüber welchem der Leiharbeiter vom Verschaffungsgläubiger eingesetzt wird, keine Verbindlichkeit. Eine Haftung aus § 278 scheidet somit aus.

Während der Vertragszeit steht ausschließlich dem Verschaffungsgläubiger das Weisungsrecht über den ausgeliehenen Arbeitnehmer zu. Dem Verschaffungsschuldner verbleibt weder das Direktions- noch das Beaufsichtigungsrecht. Bei widersprechenden Weisungen hat der Leiharbeiter grundsätzlich denjenigen des Verschaffungsgläubigers Folge zu leisten.³³⁷⁾ Somit ist der Verschaffungsschuldner weder im Verhältnis zum Verschaffungsgläubiger³³⁸⁾ noch zu Außenstehenden "Geschäftsherr" bezüglich derrichtungen des Leiharbeiters. Eine Haftung des Verschaffungsschuldners aus dem Gesichtspunkt der §§ 831, 823 Abs. 1 oder 2 scheidet somit grundsätzlich aus. Dem steht auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 22.12.1953³³⁹⁾ nicht entgegen: In dem dort entschiedenen Fall ist bezüglich der Maurer ein echter- und bez. der Gestellung des Aufsichtspersonals ein unechter Dienstverschaffungsvertrag anzunehmen. Deshalb konnte für die Handlungen der Aufsichtspersonen zu

337) Vgl. oben S. 89 4.a).

338) Die vertragl. Haftung des V-Schuldners deckt sich allerdings teilweise mit der Haftung aus § 831 (culpa in eligendo).

339) BB 1953 S. 690, sowie Urteil des BGH v. 23.3.1956, BB 1956 S. 482. Einem Architekt stellte ein Bauunternehmer eine Arbeiterkolonne mit Polieren zum Wiederaufbau zur Verfügung ohne selbst die Durchführung der Bauarbeiten zu übernehmen. Die Arbeiter brachen auf Anordnung der Poliere Steine aus einem fremden Gebäude. Im Ergebnis wie hier: OLG Hamburg, HansGerZtg 1917 Hauptblatt 270.

Recht eine Haftung des Verschaffungsschuldners aus §§ 831, 823 Abs. 1 angenommen werden. Einer Entscheidung über die Haftung für die Bauarbeiter selbst ist der BGH ausgewichen, indem er die Diebstähle nicht als "in Ausführung", sondern "bei Gelegenheit der Verrichtung" verübt ansah.

Als alleiniger Inhaber des Weisungsrechts und Träger der Beaufsichtigungspflicht ist somit beim echten Dienstverschaffungsvertrag der Verschaffungsschuldner grundsätzlich der "Geschäftsherr".

Abweichungen können sich bei den mit Sachmiete kombinierten echten Dienstverschaffungsverträgen ergeben. 340)

Hier wird der Verschaffungsgläubiger "Geschäftsherr" in Bezug auf die zeitliche und räumliche Durchführung z.B. einer Omnibusfahrt, während der Verschaffungsschuldner "Geschäftsherr" für den technisch-einwandfreien Betrieb bleibt. Er haftet somit für einen durch einen Wartungsfehler des Chauffeurs verursachten Schaden gem. §§ 831, 823 BGB.

Bei Schiffsvermietungen tritt zusätzlich neben eine etwaige Haftung des Eigners aus §§ 831, 823 BGB eine solche aus § 3 Binn.Schiff.G bzw. bei Hochseeschiffen aus § 485 HGB. 341)

340) Vgl. die Differenzierung der Funktionen, oben S. 47, Anm. 141.

341) So V o r t i s c h - Z s c h u c k e, S. 25; W i s t e n d ö r f e r, Ehrenbergs Hdbuch d. H. Rechts § 66a S. 295 ff., 298. Vgl. auch RG J^m 1920 S. 284; RG 79, 319; OLG Köln DR 1940 S. 723.

IV. Hauptteil.

Dienstverschaffungstatbestände innerhalb von Gruppenarbeitsverhältnissen und wirtschaftlich ähnlichen Erscheinungsformen.

12. Die Betriebsgruppe.

Die Arbeitsleistung wird nicht immer als Einzelleistung eines Arbeitnehmers erbracht. Häufig machen wirtschaftliche oder arbeitstechnische Gründe das gemeinsame Arbeiten Mehrerer erforderlich.

Man spricht dann von Gruppenarbeit und unterscheidet im wesentlichen zwei Erscheinungsformen, die **B e t r i e b s - g r u p p e n** und die **E i g e n g r u p p e n**.³⁴²⁾

Bei der Betriebsgruppe schließt jeder Arbeitnehmer für sich mit dem Arbeitgeber einen Einzelarbeitsvertrag ab.³⁴³⁾ Der Arbeitgeber, der eine einheitliche Gesamtleistung erzielen möchte, faßt die einzelnen Arbeitnehmer kraft seines Direktionsrechts innerhalb des Betriebes zu einer Gruppe zusammen, z.B. bei dem Kompanistensystem in der Glasindustrie, der Maurerakkord, die von einem Gastwirt zusammengestellte Musikkapelle.³⁴⁴⁾

Für eine Dienstverschaffung ist hier kein Raum, denn es entstehen nur rechtliche Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern auf Grund der Einzelarbeitsverträge.³⁴⁵⁾ Die Gruppe, bzw. ihre Mitglieder, verschaffen dem Arbeitgeber keine fremden Dienstleistungen, sondern die einzelnen Mitglieder schulden ihm nur ihre eigene Arbeitskraft.

342) S c h n o r r von C a r o l s f e l d, a.a.O. S.156 1.a.; sowie S.154 1.a.ff.

343) Vgl. §§ 112 ff. des Entwurfes eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes bei M o l i t o r - H u e c k - R i e z l e r, a.a.O. S.295.

344) S c h e f f l e r, a.a.O. S.6 ff.

345) So S c h n o r r von C a r o l s f e l d a.a.O. S.156 2 a; vgl. auch LAG Stuttgart, DB 1956 S.188; S c h e r k e, a.a.O. S.6 ff.

Umgekehrt enthält die Pflicht des Arbeitgebers "der Akkordgruppe brauchbare Mitglieder zur Verfügung zu stellen" ³⁴⁶⁾, nicht etwa eine Dienstverschaffung; damit soll lediglich gewährleistet werden, daß der Gruppe nur solche neue Mitglieder zugeteilt werden, welche dem durchschnittlichen Arbeitsniveau in der Gruppe entsprechen, damit die Lohn-gerechtigkeit gewahrt bleibt.

§ 13. Eigengruppen und ähnliche Erscheinungsformen.

I.) Die Eigengruppe.

Im Gegensatz zur Betriebsgruppe bildet sich eine weitere Form der Arbeitsgruppe ohne Zutun des Arbeitgebers aus eigener Initiative. ³⁴⁷⁾ Sie entsteht als "echte soziologische, meist auch rechtliche Gruppe" ³⁴⁸⁾ mit grundsätzlich gleichberechtigten Mitgliedern. Als solche tritt sie in den Dienst des Arbeitgebers, wobei sie ihre Struktur beibehält. Sie wird deshalb als "Eigengruppe" bezeichnet. ³⁴⁹⁾

- ³⁴⁶⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O.S.156 2.a.
³⁴⁷⁾ Vgl. ArbG W e s e l, AR-Stichw.58,XXI S.45 Nr.134.
³⁴⁸⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O.S.154 1 a.
³⁴⁹⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O.S.154 1 a.
 Eine Eigengruppe wird man deshalb nicht annehmen können, wenn der Kapellmeister die Mitglieder des Orchesters im eigenen Namen anstellt, beschäftigt und entlohnt. Diese Erscheinungsform findet man bei bestimmten großen Tanz- oder Jazzorchestern, oder wenn es sich bei dem Kapellmeister um eine besonders überragende Persönlichkeit des Musiklebens handelt (vgl. Amtsblatt des Bayer. Staatsministeriums für Arbeit 1950 S.704). Hier ist der Kapellmeister Unternehmer und zugleich Arbeitgeber der Musiker. Die Kapelle ist sein "Betrieb", der keinen festen Sitz hat, sondern von einem Beschäftigungsplatz zum anderen wechselt. Es liegt also in Wirklichkeit eine Betriebsgruppe des Kapellmeisters vor, welche in ihrer Formation auch innerhalb fremder Veranstaltungsunternehmen bestehen bleibt. Ähnliches gilt, wenn anstelle des Kapellmeisters eine juristische Person, z.B. eine Konzert G.m.b.H. Arbeitgeber der Musiker ist. Je nach dem Leistungsinhalt sind folgende Vertragsarten anzunehmen: W e r k v e r t r a g, z.B. bei einem einmaligen Gastspiel; unechter Dienstverschaffungsvertrag, bei der Saisonarbeit eines Kurorchesters (RAGE 11,69 = AS 15,123 ff.; vgl.oben S.13), echter Dienstverschaffungsvertrag bei vorübergehender Ausgliederung eines Mitglieds zu Gunsten einer anderen Kapelle.

Einen sehr häufigen Fall der Eigengruppe bildet die Musikkapelle, die sich unter der Leitung eines Kapellmeisters gewöhnlich auf eine gewisse Zeit gegenüber einem Veranstaltungsunternehmen zur Leistung von Musikdarbietungen verpflichtet. ³⁵⁰⁾ Eigengruppen kommen weiterhin vor als Zieglerkolonnen, Maurerkolonnen, Nieterkolonnen, ferner gehören dazu die Bunkergänge der Hafenarbeiter ³⁵¹⁾, Landarbeiterkolonnen und Schauspieler- und Artistengruppen.

Bei allen Eigengruppen ist streng zu unterscheiden zwischen dem Innenverhältnis, d.h. der Summe der Rechtsbeziehungen der Gruppenmitglieder untereinander (Eigengruppenvertrag) und dem Außenverhältnis zum jeweiligen Arbeitgeber der Gruppe (Gruppenarbeitsvertrag).

Die Eigengruppe ist manchmal juristische Person, z.B. ein eingetragener Verein oder eine Genossenschaft ³⁵²⁾, meist jedoch eine nicht rechtsfähige Personenvereinigung in der Form einer Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts. ³⁵³⁾

350) Vgl. N i k i s c h, a.a.O. Bd.I S.203 ff.

351) A p p e l, a.a.O. S.26 ff.; J a e r i s c h a.a.O. S.5 ff., vgl. auch S t a u d i n g e r - N i p p e r d e y - M o h n e n, bei S t a u d i n g e r, a.a.O. Vorbem.273 zu § 611 BGB.

352) S t a u d i n g e r - N i p p e r d e y - M o h n e n wie 351).

353) S c h e f f l e r a.a.O. S.23 ff.; ArbG Flensburg AR-Stichw.1957 Bd.XXVIII S.127 Nr.374; siehe auch H o f r i c h t e r, a.a.O. S.13 ff., sowie S t a u d i n g e r - N i p p e r d e y - M o h n e n, wie 352), der Eigengruppen auch in der Form der G.m.b.H. bejaht. Hierbei wird es sich jedoch meist nicht um eine Eigengruppe, sondern um ein Orchester handeln, bei welchem die Mitwirkenden Arbeitnehmer der juristischen Person werden. Vgl. hierzu Anm. 349).

1. Bei den **E i g e n g r u p p e n** in Form einer BGB-Gesellschaft ist zunächst noch einmal zu unterscheiden zwischen lockeren "Gelegenheitsgruppen" und den "Gruppen mit Dauertendenz". Bei den ersteren ist Zahl und Zusammensetzung der Mitglieder gewöhnlich ein Produkt des Zufalls. 354) Zweck des Zusammenschlusses ist hauptsächlich die Erzielung höherer Löhne durch gemeinsame, rationelle Arbeit. Diese Eigengruppen bieten sich dem Arbeitgeber als Gesamtheit an und ersparen ihm die Bildung von Betriebsgruppen. Dazu gehören die Maurer-, Nieter- und Zieglerkolonnen, sowie die Bunkergänge der Hafenarbeiter. 355)

Der Zusammenschluß zur Gruppe mit Dauertendenz ergibt sich gewöhnlich aus der Natur der Arbeitsleistung, die in diesem Falle nur von mehreren gemeinsam erbracht werden kann. Infolgedessen ist der Zusammenschluß hier ein wesentlich engerer. Dazu gehören die Musikkapellen, sowie die Schauspieler- und Artistengruppen.

Der Unterschied zwischen den beiden Erscheinungsformen der Gruppenarbeit wird unten bei der Kritik der Lehrmeinungen von Bedeutung sein. 356)

Im **A u ß e n v e r h ä l t n i s** kann sich die Gruppe zur Erstellung eines Werkes verpflichten; z.B. eine selbständige Maurerkolonne soll einen Gebäudeteil aufrichten. Dann liegt ein Gruppenwerkvertrag vor. In diesem seltenen Fall ist die Gruppe in der Person ihrer Mitglieder selbständiger Unternehmer. Die Annahme einer Dienstverschaffung scheidet nach dem Leistungsinhalt aus. 357)

354) Vgl. H o f f r i c h t e r, a.a.O. S.113;

N i k i s c h, a.a.O. Bd.I S.210 ff.

355) M a u r e r, AR-Blattei, D IV.

356) Demgegenüber unterscheiden M o l l i t o r - H u e c k - R i e z l e r, a.a.O. S.63 zwischen "Innengesellschaften" und solchen Gesellschaften, welche als "Verband" dem Arbeitgeber gegenüber treten.

357) Vgl. S c h e f f l e r, a.a.O. S.34 ff.; meist wird hier keine Eigengruppe mehr vorliegen, sondern ein selbständiger Zusammenschluß von Unternehmern, etwa in der Form einer OHG, oder BGB-Gesellschaft, wie bei den Arbeitsgemeinschaften für größere Bauvorhaben.

Eine Dienstverschaffung liegt auch dann nicht vor, wenn der Gruppenführer mit dem Arbeitgeber im eigenen und im Namen der einzelnen Gruppenmitglieder Einzelarbeitsverträge abschließt. 358) Der Gruppenführer vermittelt hier als Makler Arbeitsverträge für die Gruppenmitglieder. 359)

Schwierigkeiten ergeben sich jedoch dann, wenn entweder der Gruppenführer im Namen der G r u p p e als Gesamtheit oder die Gruppe als Ganzes im eigenen Namen mit dem Unternehmer einen Vertrag des Inhalts abschließen, daß die Gruppenmitglieder diesem Arbeit zu leisten haben:

- a) Die D i e n s t v e r s c h a f f u n g s t h e o r i e geht sowohl für die Gelegenheitsgruppen, als auch für die Gruppen mit Dauertendenz davon aus, daß die Gruppe als BGB-Gesellschaft eine selbständige Einheit bilde. 360)

358) Vgl. LG München I in AP Nr.1, 1, zu § 611; RAGE 3, 255; 7, 32; 9, 355; 11,69; 23,95; sowie im AS 13, 327; LAG Frankfurt AP 52 Nr.68 mit Anm. von H u e c k, sowie LAG Hannover in AP 52,87 mit Anm. von D e r s c h, welches im Zweifel nach der Verkehrsauffassung eine Stellvertretung durch den Gruppenführer annehmen möchte.

359) Vgl. oben S.14 ff., 18.

360) Die Ansicht wurde erstmals vertreten von S c h e f f l e r, a.a.O. S.43 ff., 46, 55; ihm folgten H u e c k - N i p p e r d e y Aufl. von 1931, Bd.I S.432 ff., sowie E n n e c c e r u s - L e h m a n n, a.a.O. Bd.II S.785; ähnlich: M o l i t o r - H u e c k - R i e z l e r, a.a.O. S.62 ff., im Anschluß an § 118 des Entwurfes eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. Für die Annahme eines Dienstverschaffungsvertrages bei der Musikkapelle N i k i s c h, a.a.O. Bd.I S.210 ff.; ähnlich N i p p e r d e y, bei S t a u d i n g e r, a.a.O. Vorbem.273 - 275 zu § 611; vgl. auch M a u s, Das Arbeitsverhältnis S.200 ff.; weitere Hinweise, insbesondere auf älteres Schrifttum bei H o f - r i c h t e r, a.a.O. S.49 Anm.1; siehe auch neuerdings LAG Frankfurt RdA 1952 S.399 Nr.142, sowie LAG Bremen RdA 1952 Nr.143.

Demnach sei zu unterscheiden zwischen der Rechtsstellung der Gruppe und derjenigen der einzelnen Mitglieder. Die Gruppe schiebe sich zwischen Arbeitgeber und Mitglied. ³⁶¹⁾ Im Außenverhältnis verpflichtete sich somit nicht das Gruppenmitglied zur Leistung von Arbeit, sondern die Gruppe verspreche dem Arbeitgeber die Tätigkeit dritter Personen, nämlich ihrer Mitglieder. Zwischen der Gruppe und dem Arbeitgeber bestehe deshalb kein Arbeitsvertrag, sondern ein Dienstverschaffungsvertrag. Somit entstünden zwischen den Gruppenangehörigen und dem Arbeitgeber grundsätzlich keinerlei Rechtsbeziehungen, insbesondere habe das Gruppenmitglied keinen unmittelbaren Lohn- und Urlaubsanspruch gegen den Arbeitgeber; diesem stünde andererseits kein Anspruch auf die Arbeitsleistung gegen das einzelne Mitglied, sondern nur ein solcher gegenüber der Gruppe zu. ³⁶²⁾

I b i n g ³⁶³⁾, M o l i t o r - H u e c k -
R i e z l e r ³⁶⁴⁾ und N i k i s c h ³⁶⁵⁾ weisen, innerhalb der Dienstverschaffungstheorie stehend, darauf hin, daß trotzdem eine unmittelbare Arbeitspflicht des einzelnen Gruppenmitglieds begründet werde, denn Schuldner der Geschäftsverbindlichkeiten der BGB-Gesellschaft seien die Gruppenmitglieder persönlich. Mangels einer abweichenden Bestimmung haften sie als Gesamtschuldner für die Dienstverschaffungsverpflichtung (§§ 427, 431 BGB) ³⁶⁶⁾.

361) Vgl. H o f f r i c h t e r, a.a.O. S.49;

R u s t m e i e r, a.a.O. S.51 ff.

362) S o S c h e f f l e r, a.a.O. S.56.

363) a.a.O. S.28 ff.,30.

364) a.a.O. S.62.

365) a.a.O. S.210, allerdings unter Beschränkung auf die Gruppen mit Dauertendenz.

366) N i k i s c h, a.a.O. S.210 ff.

Demnach sei jedes Gruppenmitglied verpflichtet, nicht nur die Arbeitsleistung der übrigen Mitglieder, sondern auch seine eigene mit zu verschaffen. Die Verschaffung der eigenen Arbeitskraft entspräche der Verpflichtung aus einem Arbeitsvertrag. Somit bestehe im Ergebnis je ein Arbeitsvertrag des einzelnen Gruppenangehörigen verbunden mit einem Dienstverschaffungsvertrag bezüglich der Leistung der übrigen Mitglieder.³⁶⁷⁾ Das Innenverhältnis erklärt die Dienstverschaffungstheorie dahin, daß jedes Mitglied aus dem Gesellschaftsvertrag einen Anspruch auf Mitwirkung bei der gemeinsamen Arbeit habe. Damit werde das Mitglied in die Lage versetzt seiner Dienstverschaffungspflicht nachzukommen.³⁶⁸⁾

- b) H u e c k - N i p p e r d e y , die noch in früheren Auflagen der soeben geschilderten Dienstverschaffungstheorie folgten,³⁶⁹⁾ vertreten nunmehr unter Hinweis auf deren "Kompliziertheit" eine etwas abgewandelte Ansicht:³⁷⁰⁾ Demnach entspreche dem mutmaßlichen Parteiwillen eher die Ansicht, daß sich die einzelnen Mitglieder gegenüber der Gruppe nicht zur Arbeitsleistung, sondern zur Eingehung eines vertraglichen Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitgeber verpflichteten. Die Gruppe schließe dann mit dem Arbeitgeber einen "Dienstverschaffungsvertrag" des Inhalts, daß die einzelnen Mitglieder Arbeitsverhältnisse eingehen würden. Diese vertraglichen Arbeitsverhältnisse entstünden

367) M o l i t o r - H u e c k - R i e z l e r ,
a.a.O. S.63.

368) Vgl. E n n e c c e r u s - L e h m a n n ,
a.a.O. Bd.II S.587.

369) Vgl. Aufl.von 1931 Bd.I S.432 ff. bis zur 4.Aufl.
allerdings mit der Abwandlung, daß statt einer
Gesamtschuld eine Gesamthandsverbindlichkeit der
Mitglieder bestünde; vgl. auch H u e c k , Anm.
zu RAG in AS 13,321.

370) 6.Aufl., Bd.II S.729.

im Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme des Mitglieds im Einverständnis des Arbeitgebers.

- c) Die Gesamthandstheorie³⁷¹⁾ geht ebenfalls davon aus, daß die Gruppenmitglieder als BGB-Gesellschaft "eine echte Ganzheit" bilden.³⁷²⁾ Vertragszweck sei Leistung der gemeinschaftlichen Arbeit. Zwischen den Gesellschaftern sei dabei keine Leistung in der Form des Austausches zu bewirken, sie stünden sich jedoch als Schuldner und Gläubiger gegenüber, weil sie die Leistung gemeinsamer Arbeit von sich verlangen könnten. Hierin liege jedoch keine Verpflichtung zu Gunsten des Arbeitgebers.³⁷³⁾

Im Gruppenarbeitsvertrag verpflichteten sich die Mitglieder als Eigengruppe gemeinsame Arbeit gegen Entgelt zu leisten. Der Arbeitsvertrag werde dabei mit der Gruppe "als solcher" abgeschlossen. Die Gruppe verspreche e i g e n e Arbeit, im Zusammenwirken, nicht f r e e m d e Arbeit, die der einzelnen Glieder.³⁷⁴⁾ Deshalb stünden auf Grund des Vertrages mit dem Unternehmer sowohl die Gruppe, als auch mittelbar die Mitglieder zum Unternehmer in einem Arbeitsverhältnis. Bei der Behandlung der Frage, was das einzelne Mitglied schulde, wird die Ansicht vertreten, daß die Eigengruppe eine dem BGB nicht bekannte aktiv handelnde Gesamthand sei, welche, obgleich nicht juristische Person, doch Träger von Rechten und Pflichten sein könne. Das Mitglied sei Mitschuldner einer einheitlichen Schuld. Verklagt werden könne nur immer die ganze

³⁷¹⁾ Vgl. S c h n o r r von C a r o l s f e l d , a.a.O. S.154, 2.a.; B ü s i n g , a.a.O. S.49 ff. A p p e l , a.a.O. S.60; I h r i g , a.a.O. S.59 mit weiteren Hinweisen auf ältere Literatur: H o f r i c h t e r , a.a.O. S.45.

³⁷²⁾ S c h n o r r von C a r o l s f e l d , a.a.O. S.154 1.a.

³⁷³⁾ Zweifelnd hier B ü s i n g , a.a.O. S.26, Anm.4.

³⁷⁴⁾ So S c h n o r r von C a r o l s f e l d , a.a.O. S.154 2.a.

Gruppe auf die einheitliche Leistung, wobei jedes Mitglied nur für seine eigene Teilleistung hafte.³⁷⁵⁾

d) Kritik und eigene Meinung.

Die Dienstverschaffungstheorie ist zwar eine auf den Bestimmungen des BGB aufgebaute logische Konstruktion. Gerade in dem Konstruierten liegt aber auch ihre Schwäche; denn es fragt sich, ob die besonderen Erfordernisse des Arbeitsrechts, insbesondere die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers und auch das wohlverstandene Interesse des Arbeitgebers hier eine Anlehnung an bürgerlich rechtliche Formen zulassen.

375) Vgl. I h r i g , a.a.O. S.57 ff.; B ü s i n g , a.a.O. S.35; H e d e m a n n , NZfArbR 1924 S.256; RAG, AS 13,327; RAGE 9,355; 24,51. Gegen eine Gesamthandschuldnerschaft wendet sich N i k i s c h , a.a.O. S.210, mit dem Argument, daß diese dem geltenden Recht nicht bekannt sei. Dagegen wiederum H u e c k - N i p p e r d e y , a.a.O. Bd.II S.728 ff. Anm.27 mit der Begründung, daß auf Grund der Vertragsfreiheit eine aktiv handelnde Gesamthand vereinbart werden könne; vgl. auch H u e c k in Anm. zu RAG, AS 13,332; dort nimmt er eine vermittelnde Stellung zwischen der Dienstverschaffungstheorie und der Gesamthandstheorie ein. Vgl. auch S c h n o r r von C a r o l s f e l d , a.a.O. S.154, der einerseits ausführt, der Arbeitsvertrag werde mit der Gruppe als solcher geschlossen, andererseits jedoch bei schuldhaftem Handeln eines Mitglieds auch die übrigen haften lassen möchte. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, daß E n n e c c e r u s - L e h m a n n , a.a.O. Bd.I § 89 III, 116 III für den nicht rechtsfähigen Verein ebenfalls Gesamthandshaftung der Mitglieder annehmen.

Dagegen ergeben sich folgende Bedenken:

aa) Bei den G e l e g e n h e i t s g r u p p e n z.B. einem Gang von Hafenarbeitern ist davon auszugehen, daß deren Mitglieder nach Abschluß des Vertrages mit dem Arbeitgeber in dessen Betrieb eingegliedert und wirtschaftlich und rechtlich ebenso abhängige Arbeitnehmer werden, wie diejenigen, die außerhalb einer Gruppe einen Einzelarbeitsvertrag abschließen. Der Hauptunterschied besteht nur darin, daß die Gruppenangehörigen auch im Betrieb des Arbeitgebers im Verband arbeiten und gewöhnlich einen gemeinsamen Lohnbetrag zugewiesen erhalten.

Wenn nun die Anhänger der Dienstverschaffungstheorie annehmen, daß grundsätzlich keine rechtlichen Beziehungen zwischen dem einzelnen Arbeiter und dem Unternehmer entstehen, so hätte dies zur Folge, daß die Gruppenmitglieder in keinem Arbeitsverhältnis zum Unternehmer stehen. Das einzelne Mitglied hätte demnach weder einen Lohn noch einen Urlaubsanspruch; der Arbeitgeber hätte ihm gegenüber keine Fürsorge- und Sorgfaltsverpflichtung. Die Gruppenangehörigen, die sich zu dem Zweck zusammengeschlossen haben, um daraus wirtschaftliche Vorteile zu erzielen, hätten somit viel gewichtigere Nachteile zu erwarten. Dies um so mehr, als auch die Gruppe als Verband in der Regel nicht die Rechte und Pflichten eines Arbeitgebers gegenüber den Mitgliedern übernehmen kann: Wirtschaftlich gesehen ist die Gruppe nichts anderes, als die Zusammenfassung einer Anzahl abhängiger und unselbständiger Arbeitnehmer. Es fehlt die finanzielle Grundlage um die Unternehmereigenschaft für die Gruppe bejahen zu können. Das verkennt die Dienstverschaffungstheorie, indem

sie zu sehr den Gruppen v e r b a n d betont. Auch rechtlich erscheint die Annahme eines Arbeitsverhältnisses zwischen der Gruppe und deren Mitgliedern als unvertretbar; denn Beiträge von Gesellschaftern einer BGB-Gesellschaft oder Mitgliedern eines nicht rechtsfähigen Vereins, die in Form von Arbeitsleistung erbracht werden, begründen kein Arbeitsverhältnis zu der Gruppe.³⁷⁶⁾ Zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses kann vielmehr nur ein Arbeitsvertrag führen.

- bb) Nach der Dienstverschaffungstheorie stünden die einzelnen Gruppenmitglieder nicht nur in keinem Arbeitsverhältnis, sondern sie würden darüberhinaus noch von einer sehr einschneidenden Haftung getroffen. Bei Zugrundelegung eines echten Dienstverschaffungsvertrages würde der Gruppenangehörige gegenüber dem Unternehmer eine Verpflichtung zur Auswahl zuverlässiger und tauglicher weiterer Gruppenmitglieder übernehmen. Es müßten sich also sämtliche Gruppenangehörigen dauernd gegenseitig überprüfen und jeder einzelne würde schon bei leichter Fahrlässigkeit in der Auswahl dem Unternehmer für jeden dadurch entstehenden Schaden haf-ten. Bei unechten Dienstverschaffungsverträgen könnten die Mitglieder außerdem für jeden Schaden, der in Ausführung der Arbeit von einem anderen Mitglied verursacht wird, in Anspruch genommen werden.³⁷⁷⁾

Gerade bei großen Gruppen würde diese Haftung ein ebenso unzumutbares wie untragbares Risiko für die wirtschaftlich schwachen Arbeitnehmer bedeuten.

376) Vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, a.a.O. S.4, der darauf abstellt, ob ein gemeinsames Ziel verfolgt wird. Das ist bei Eigengruppen mit gleichberechtigten Mitgliedern regelmäßig der Fall.

377) Zu diesem Ergebnis kommt tatsächlich S c h e f f - l e r, a.a.O. S.51, 55.

cc) Andererseits hätte bei der Annahme eines echten Dienstverschaffungsvertrages der Gruppe bezüglich ihrer Mitglieder, der Arbeitgeber gegen die Gruppe und gegen jedes einzelne Mitglied immer nur einen Anspruch auf Veranlassung zur Dienstleistung. ³⁷⁸⁾ Bei Verschulden in Ausführung der Dienste könnte der Arbeitgeber keine Schadensersatzansprüche geltend machen. Das widerspräche dem mutmaßlichen Willen des Unternehmers, der ebenso wie bei Abschluß von Einzelarbeitsverträgen eine ordnungsgemäße Arbeitsleistung erbracht haben möchte.

Im Ergebnis folgerichtig erscheint deshalb die Annahme M o l i t o r - H u e c k - R i e z l e r ' s, wonach jedes Gruppenmitglied auf Grund des Dienstverschaffungsvertrages seine eigenen Dienste mit zu verschaffen habe und deshalb für seine Person einen Arbeitsvertrag abschließe. ³⁷⁹⁾

Damit würden zwar die gegen das Nichtentstehen eines unmittelbaren Arbeitsverhältnisses aufgezeigten Bedenken ausgeräumt; abgesehen davon, daß es "gekünstelt" erscheint, seine eigenen Dienste mit zu verschaffen, ³⁸⁰⁾ ist es jedoch fraglich, ob man die Haftung für eine Dienstverschaffungspflicht in eine eigene Arbeitspflicht umdeuten kann. ³⁸¹⁾

378) Vgl. oben S.28 ff.

379) a.a.O. S.63.

380) So mit Recht M a u r e r, AR-Blattei D IV "Arbeitsverhältnis der Musiker", gegen N i k i s c h, a.a.O. Bd.I S.210 ff.

381) So H u e c k - N i p p e r d e y, a.a.O. Bd.II S.730, Anm.27; vgl. auch oben cc); widersprüchlich erscheint die Ansicht N i p p e r d e y ' s bei S t a u d i n g e r, a.a.O. Vorbem.275 zu § 611, welcher trotz Anhängerschaft zur Dienstverschaffungstheorie und Ablehnung eines Arbeitsvertrages "mit der überwiegenden Meinung" die Gruppenmitglieder im Verhältnis zum Unternehmer unter die Regeln eines Arbeitsverhältnisses stellen möchte.

dd) Wenn die Anhänger der Theorie echte Dienstverschaffungsverträge unterstellen, so würde die Gruppe als Ganzes den jeweiligen Arbeitgebern *r e g e l m ä ß i g* dritte Personen (die Mitglieder) zur Verfügung stellen, ohne die Arbeit selbst auf eigene Rechnung ausführen zu lassen und ohne die Ausrüstung mit den erforderlichen Werkzeugen zu übernehmen. ³⁸²⁾ Damit würde jeder Gruppenarbeitsvertrag den Verbotstatbestand des § 37, Abs.3 AVAVG erfüllen und deshalb nichtig sein. Darüberhinaus sähen sich die Gruppenmitglieder noch der Gefahr einer Bestrafung nach § 210 AVAVG ausgesetzt. ³⁸³⁾ Damit wäre das weitverbreitete und sehr zweckmäßige Rechtsinstitut der Gruppenarbeit überhaupt infrage gestellt.

Eigene Ansicht:

Die Dienstverschaffungstheorie gelangt zu den aufgezeigten unhaltbaren Ergebnissen durch eine Überbewertung der Rechtsstellung des Gruppenverbandes unter Verkennung der tatsächlichen Lage der abhängigen Gruppenmitglieder. Aus der Annahme einer BGB-Gesellschaft im Innenverhältnis braucht nicht zwingend auf einen Dienstverschaffungsvertrag im Außenverhältnis geschlossen zu werden. ³⁸⁴⁾

aa) Für die *G e l e g e n h e i t s g r u p p e n* ist deshalb im Ergebnis der Ansicht *H u e c k - N i p p e r d e y ' s* zuzustimmen, wonach sich im Innenverhältnis die einzelnen Mitglieder gegenseitig nicht zur Leistung von Arbeit, sondern zur Eingehung eines vertraglichen Arbeitsverhältnisses zu einem Arbeitgeber verpflichten. ³⁸⁵⁾

³⁸²⁾ Vgl. oben S.53 ff.

³⁸³⁾ Vgl. das Strafurteil des Schöffengerichts beim Amtsgericht Mannheim, Az 2 Ms 62/58, das allerdings von einem anderen Tatbestand ausgeht.

³⁸⁴⁾ Vgl. *N i k i s c h*, a.a.O. Bd.I S.202 ff.

³⁸⁵⁾ Vgl. oben S.110 b.

Im Außenverhältnis verpflichtet sich der Gruppenführer gegenüber dem Arbeitgeber, daß die Gruppenmitglieder Einzelarbeitsverträge mit ihm abschließen werden. Spätestens mit Aufnahme der Arbeit entstehen deshalb vertragliche Arbeitsverhältnisse der Gruppenmitglieder.

Meist schließt der Gruppenführer die Einzelarbeitsverträge als Stellvertreter der Gruppenangehörigen selbst ab. ³⁸⁶⁾ Seine Stellvertretereigenschaft ist dabei aus den Umständen zu entnehmen, ³⁸⁷⁾ auch wenn er die Verträge im Namen der Gruppe vereinbart.

Gegen die Ansicht H u e c k - N i p p e r d e y ' s ist hier jedoch für die Annahme eines Dienstverschaffungsvertrages kein Raum. Gruppe und Gruppenführer versprechen nicht die Arbeitsleistung dritter Personen (ihrer Mitglieder), sondern Arbeitsverträge mit diesen Personen. Verschafft werden somit Arbeitsverträge, nicht die Arbeitsleistung selbst. ³⁸⁸⁾

- bb) Der Unterschied der Gruppen mit Dauer-
tendenzen zu den Gelegenheitsgruppen besteht im wesentlichen darin, daß bei ersteren die geschuldete Arbeitsleistung immer nur im Zusammenwirken erbracht werden kann. Fällt ein Mitglied aus, so wird gewöhnlich die ganze Leistung unmöglich. Damit entfällt grundsätzlich der ganze Anspruch auf das Entgelt. ³⁸⁹⁾

386) Vgl. LG München I vom 11.11.1957, AP Nr.1,1 zu § 611; sowie LAG Frankfurt, Ap 52 Nr.68.

387) Ebenso N i k i s c h, a.a.O. Bd.I S.209,210; sowie M a u r e r AR-Blattei D IV. Vgl. auch H o f r i c h t e r, a.a.O. S.113, 128 und 199, der von "arbeitsrechtlicher Stellvertretung" spricht.

388) Vgl. oben S.13 ff.

389) S c h n o r r von C a r o l s f e l d, a.a.O. S.155 d.;

Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß die Gruppe einen Dienstverschaffungsvertrag abschließt. Sie hat keinen Anlaß, sich zur Verschaffung von Arbeitnehmern zum Zwecke der Dienstleistung zu verpflichten, weil sie selbst aus Arbeitnehmern besteht und deshalb unter Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers die Dienste selbst leisten möchte. "Hier einen Dienstverschaffungsvertrag annehmen zu wollen, hieße den Gruppenmitgliedern mehr zu unterstellen, als in ihrem Willen liegt." ³⁹⁰⁾ Es ist deshalb mit der Gesamthandstheorie anzunehmen, daß die Gruppe mit Dauertendenz "eigene Arbeit im Zusammenwirken, nicht fremde Arbeit, die der einzelnen Glieder" verspricht. ³⁹¹⁾

2. Nur in einem Fall wird man annehmen können, daß eine Eigengruppe ohne eigene Rechtspersönlichkeit einen Dienstverschaffungsvertrag abschließt. Das ist dann der Fall, wenn die Gruppe selbst außerhalb des Betriebes des Arbeitgebers bleibt. Z.B. eine große Musikkapelle ordnet aus ihrem Verband einen Solisten ab und läßt ihn bei einem anderen Arbeitgeber spielen. Hier besteht die Arbeitsverpflichtung des Mitglieds gegenüber der Gruppe, wird jedoch im Betrieb eines Dritten erfüllt. Der Fall ist jedoch nur dann tatsächlich denkbar, wenn der Gruppe eine unternehmerähnliche Stellung zukommt. ³⁹²⁾

390) M a u r e r, AR-Blattei D IV.

391) S o S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, a.a.O. S.154 1 b. Vgl. auch H e d e m a n n NZfArbR 1924 Sp.257 ff.; ähnlich H o f r i c h t e r, a.a.O. S.125, demnach wird die Gruppe ein Teil der Betriebsgemeinschaft.

392) Vgl. S c h e f f l e r, a.a.O. S.44. Von diesem atypischen Sachverhalt ausgehend begründete er die Dienstverschaffungstheorie. Er verkennt dabei, daß bei seinem Beispiel die Gruppe Unternehmer und zugleich Arbeitgeber der Mitglieder ist (vgl. den oben Anm.307 beschriebenen Tatbestand), während im Regelfall ein körperschaftliches Mitgliedsverhältnis besteht.

II) Juristische Personen als Partner von Dienstverschaffungsverträgen.

Gewöhnlich ist derjenige, der sich zu einer Dienst- oder Arbritleistung verpflichtet, eine natürliche Person im Rechtssinne. Es ist aber auch möglich, daß juristische Personen Dienste zusagen. Dann erhebt sich die Frage, ob mit der juristischen Person ein Dienstvertrag oder gar ein vertragliches Arbeitsverhältnis zustande kommt. Die Frage wird von S c h o c h ³⁹³⁾ unter Hinweis auf die herrschende Organtheorie jedenfalls dann bejaht, wenn die geschuldete Arbeit von Organen der juristischen Person geleistet wird. Dann sei nämlich der "vertraglich Verpflichtete und der einzig Leistende" die juristische Person selbst. ³⁹⁴⁾

Ursache des Arbeitsvorganges ist jedoch kein Vermögensstück, sondern eine Summe von Fähigkeiten, die einen Träger voraussetzen. Träger der Arbeitskraft ist der Mensch allein. Die unmittelbaren Folgen, welche das Recht an den Einsatz der Arbeitskraft als Persönlichkeitsgut knüpft, können deshalb immer nur in der Person des die Arbeit Leistenden eintreten. Somit kann auch bei Anwendung der Organtheorie die juristische Person niemals als Träger der Arbeitskraft und Partner eines Arbeitsverhältnisses angesehen werden. ³⁹⁵⁾ Dabei ist es gleichgültig, ob die Arbeit von Organen oder Angestellten der juristischen Person bewirkt wird.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß alle Verträge, in welchen sich juristische Personen zur Erbringung einer Arbeitsleistung verpflichten, Dienstverschaffungsverträge sind. Ob die unechte oder die echte Erscheinungsform unseres Vertrages vorliegt, entscheidet der jeweilige Vertragsinhalt. ³⁹⁶⁾

393) a.a.O. S.14.

394) Dagegen möchte S c h o c h einen Dienstverschaffungsvertrag annehmen, wenn die Arbeit von Angestellten zu leisten ist.

395) Ebenso M o l i t o r, Wesen, S.9 ff.

396) Vgl. S c h n o r r von C a r o l s f e l d, a.a.O. S.155 b; ebenso wie hier H u e c k - N i p p e r d e y, a.a.O.Bd.I S.156, sowie N i k i s c h, a.a.O.Bd.I S.151.

§ 14. Die sogenannten "Schwesterngestellungsverträge".

Die Krankenschwestern werden in der Regel nicht von den Krankenhausträgern - das sind u.a. Bund, Länder, Kreise und Gemeinden - selbst eingestellt, sondern sie werden auf Grund von "Leistungs"- oder "Gestellungsverträgen", welche ihre rechtsfähigen Organisationen mit den Krankenhausträgern abschließen, beschäftigt. Vertragspartner der Krankenhausträger sind dabei die geistlichen Orden, z.B. die Vinzentinerinnen oder die Diakonissenmutterhäuser, sowie der Caritasverband, die Mutterhäuser des Deutschen Roten Kreuzes, die Schwesternschaften der Arbeiterwohlfahrt, sowie auch der Bund Freier Schwestern, dessen Mitglieder in der Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr organisiert sind. 397)

Gerade in letzter Zeit hat das Dreiecksverhältnis zwischen Schwesternschaft des Roten Kreuzes, Krankenhaus-träger und Rote-Kreuz-Schwester zu teilweise heftigen Auseinandersetzungen in der Literatur geführt.³⁹⁸⁾ Aus diesem Grund und weil sich die Rechtsstellung einer solchen Schwester zwischen derjenigen der Ordensschwester und derjenigen der Freien Schwester bewegt, sollen im folgenden die aus der Gestellung einer Roten-Kreuz-Schwester entstehenden Rechtsbeziehungen untersucht werden.

Die Schwesternschaften des Deutschen Roten Kreuzes sind eingetragene Vereine, deren satzungsmäßiger Zweck es ist, sich auf "interkonfessioneller, politisch-neutraler, religiös-sittlicher Grundlage, dem Dienst am Nächsten, insbesondere der Pflege der Kranken, Wöchnerinnen und Säuglinge, sowie der Gesundheitsfürsorge zu widmen.³⁹⁹⁾

397) Vgl. T r i e s c h m a n n , RdA 1955 S.53 1.Sp. S a v a e t e , ArbUR 1959 S.6 III.

398) Siehe T r i e s c h m a n n , RdA 1955 S.52 ff., die Stellungnahme dazu von v. M a l t z a h n , RdA 55, 454 f; sowie die Entgegnung T r i e s c h m a n n 's S.458 f; in die Auseinandersetzung griffen ein N i k i s c h , Festschrift, sowie S a v a e t e , ArbUR 1959 S.5 ff; vgl. auch H e r s c h e l , Anm. zu AP Nr.1 § 5 ArbGG.

399) Vgl. S a v a e t e , a.a.O. S.6 II.

Ihre Mitglieder, die Rote-Kreuz-Schwester, üben diese Tätigkeit nicht nur in Rot-Kreuz- eigenen Krankenhäusern aus, sondern vor allem in denen, der Krankenhausträger. Soweit die Schwesternschaften nicht in der Lage sind, den Bedarf mit Mitgliedsschwester zu decken, nehmen sie sogenannte "Gastschwester" unter Arbeitsvertrag, um sie zusammen mit den Mitgliedsschwester in den Krankenhäusern einzusetzen. Dort unterstehen die Schwester in erster Linie den Weisungen der mit entsandten Oberschwester, daneben den ärztlichen Anordnungen des Chefarztes und der Stationsärzte, sowie den Weisungen der Krankenhausverwaltung.

1. Rechtsverhältnis zwischen Schwesternschaft und Krankenhausträger.

Die Verträge, auf Grund welcher die Schwester in den Krankenhäusern arbeiten, werden entweder als "Leistungsverträge" oder "Gestellungsverträge" bezeichnet.

Eindeutig ist ein u n e c h t e r Dienstverschaffungsvertrag dann anzunehmen, wenn in einem "Leistungsvertrag" zum Ausdruck kommt, daß "der Schwesternschaft die K r a n k e n p f l e g e in einem bestimmten Krankenhaus übertragen wird", oder die Schwesternschaft "die K r a n k e n p f l e g e übernimmt". 400)

Dasselbe gilt, wenn die Verträge eine Bestimmung des Inhalts enthalten, daß die Schwesternorganisation "für eine ordnungsmäßige und berufsethisch einwandfreie Arbeit ihrer Schwester" verantwortlich sei. 401)

Hier geht aus dem ausdrücklichen Vertragsinhalt hervor, daß die Schwesternschaft eine sachgemäße Tätigkeit - ein "wirken" 402) in Form der Krankenpflege übernimmt und diese Verpflichtung durch Einsatz der ihr ver-

400) N i k i s c h, Festschrift, S.14 V 1.

401) Vgl. v. M a l t z a h n, RdA 1955 S.455, V.

402) Zur Abgrenzung vom Werkvertrag mit Erfüllung durch Dritte, vgl. oben S.13 ff.

bundenen Mitglieds- oder Gastschwestern erfüllt. 403)

Zweifel an dem Vorliegen eines unechten Dienstverschaffungsvertrages könnten dann entstehen, wenn die Vereinbarung als "Gestellungsvertrag" bezeichnet wird, nicht die oben dargestellten ausdrücklichen Formulierungen enthält 404) und gelegentlich darin zum Ausdruck gebracht wird, daß dem Krankenhausträger "eine bestimmte Anzahl von Schwestern zur Verfügung gestellt wird."

Hieraus glauben T r i e s c h m a n n 405) und S a - v a e t e 406) auf das Vorliegen eines A r b e i t e r - b e s c h a f f u n g s v e r t r a g e s schließen zu können, einer Vertragsart, wie sie in dieser Abhandlung als e c h t e r Dienstverschaffungsvertrag beschrieben und bezeichnet wurde. 407)

Sie sind der Ansicht, daß die Schwesternschaft lediglich dafür hafte, daß die Schwestern zu der vorgesehenen Arbeitsleistung tauglich seien und die Arbeit zu dem vertraglich festgesetzten Zeitpunkt anträten. Da keine Arbeit durch die Schwestern, sondern lediglich die Gestellung derselben zur Arbeitsleistung geschuldet sei, seien die Schwestern nicht Erfüllungsgehilfen ihrer Organisation; eine Haftung nach § 278 BGB sei ausgeschlossen.

Würde man dieser Ansicht folgen, so wären die Rote-Kreuz-Schwestern überwiegend oder ausschließlich zu dem Zweck eingestellt, um Krankenhausträgern zur Verfügung gestellt zu werden.

403) Ebenso im Ergebnis N i k i s c h, Festschrift S.14.

404) Vgl. oben S.121.

405) RdA 1955 S.55, 1 und S.458 ff.

406) ArbuR 1959 S.5 ff; vgl. auch für den etwas abgewandelten Tatbestand der Lernschwestern IAG Frankfurt, TA 1948 Nr.15; sowie IAG Bremen, AP 53 Nr.222.

407) Vgl. oben S.28 ff.

Das hätte für die *G a s t s c h w e s t e r n* zur Folge, daß sie unechte Leiharbeiterinnen oder Berufsleiharbeiterinnen würden. 408)

Das gleiche müßte aber auch für die *M i t g l i e d s s c h w e s t e r n* bejaht werden, denn die Mitgliedschaft schließt zwar regelmäßig die Annahme eines Arbeitsverhältnisses zum Verband aus, 409) nicht aber gegenüber dem Verschaffungsgläubiger eines echten Dienstverschaffungsvertrages. Dessen Anspruch auf die Arbeitsleistung würde dann nicht auf einer ~~körperschaftlichen~~ Verpflichtung, sondern wie oben aufgezeigt, auf einen Arbeits-

408) Vgl. oben S.51, 2 b) c).

409) Vgl. Hueck - Nipperdey, a.a.O. Bd.I S.43; Nikisch, a.a.O. Bd.I S.105. Demgegenüber weist Schnorr von Carolsfeld darauf hin, daß möglicherweise eine Mischung eines Gesellschaftsverhältnisses mit einem Arbeitsverhältnis vorliegen kann. (S.4 oben), Schwesternschaft und Mitgliedschwestern verfolgen jedoch dasselbe satzungsmäßige gemeinschaftliche Ziel, sodaß ein Arbeitsverhältnis schon aus diesem Grund ausscheiden dürfte. Ebenso BAGE 2,289 = AP Nr.1 zu § 5 ArbGG 1953, Blatt 153. Vgl. zu dieser Frage auch Schnorr von Carolsfeld in Festschrift für Hueck, S.261 ff. Dort ist ausgeführt, daß zur Annahme eines reinen Arbeitsverhältnisses eine vollkommene Lösung von der Stellung als Gesellschafter gewonnen werden müsse; wenn jedoch Arbeitsleistung im Rahmen der Gesellschaft vorliege, so müsse im Zweifel angenommen werden, daß die gesellschaftsvertraglichen Beziehungen auch Grundlage der geleisteten Arbeit seien; deshalb seien auf Arbeitsleistungen im Rahmen eines Gesellschaftsverhältnisses die Vorschriften der Gesetze über Arbeitsverträge, Tarifverträge und Betriebsordnungen grundsätzlich nicht anwendbar. (S.270, B, II, a))

Als gemeinsamer allgemeiner Rechtsgedanke gelte für beide Rechtsgebiete jedoch die gegenseitige Treupflicht. (S.279, c).

Auf die Schwesternverträge bezogen, bestätigt sich somit das oben gewonnene Ergebnis, daß jedenfalls die Mitgliedsschwestern im Rahmen ihrer gesellschaftsvertraglichen Verpflichtungen und nicht aufgrund eines Arbeitsverhältnisses tätig sind.

vertrag zu seinen Gunsten beruhen. ⁴¹⁰⁾ Es bestünde somit auch in der Person der Mitgliedsschwester ein partielles Arbeitsverhältnis zum Krankenhausträger und sie wäre rechtlich als Arbeitnehmerin zu behandeln. ⁴¹¹⁾

Das wird - an sich folgerichtig - von T r i e s c h - m a n n ⁴¹²⁾ und S a v a e t e ⁴¹³⁾ bejaht, welche ein unechtes Leiharbeitsverhältnis, bzw. ein "leiharbeitsnehmerähnliches Rechtsverhältnis" annehmen.

Beide unterlassen es jedoch, sich mit den §§ 35,37 Abs.3 AVAVG auseinanderzusetzen. Bei Unterstellung eines echten Dienstverschaffungsvertrages würde die Schwesternschaft des Roten Kreuzes Mitglieds- und Gastschwestern "als Arbeitnehmer regelmäßig dritten Personen für eine Beschäftigung zur Verfügung stellen, ohne selbst die Arbeit auf eigene Rechnung ausführen zu lassen und ohne selbst die Ausrüstung mit den erforderlichen Werkzeugen für die zugewiesenen Arbeitskräfte zu übernehmen."

Bei Nichtvorliegen einer Deauftragung durch die Bundesanstalt verstieße somit der Schwesterngestellungsvertrag gegen das Vermittlungsmonopol (§§ 35,37 AVAVG) und wäre deshalb nichtig. ⁴¹⁴⁾

Damit wäre das segensreiche Werk der Schwesternschaften infrage gestellt.

Auf den Tatbestand eines unechten Dienstverschaffungsvertrages sind die Verbotsbestimmungen des AVAVG nicht anwendbar. ⁴¹⁵⁾

Wenn aus dem ausdrücklichen Inhalt eines Vertrages nicht hervorgeht, ob eine echte - oder eine unechte Dienstverschaffung vereinbart werden sollte, so sind der Gesamteinhalt des Vertrages, die Motive, welche erkennbar zu

410) Vgl. oben S.72 ff.

411) Vgl. oben S.79 ff., 86 ff.

412) RdA 1955 S.56 1.Sp.

413) ArbuR 1959 S.7 1.Sp.

414) Vgl. oben S.54.

415) Vgl. oben S.42 d.

seinem Abschluß führten und die äußeren Begleitumstände zur Auslegung heranzuziehen. Dabei erweist sich die Verwendung der oben herausgearbeiteten Unterscheidungsmerkmale als zweckmäßig. ⁴¹⁶⁾

Folgende Umstände sprechen dafür, daß auch die "Gestellungsverträge" unechte Dienstverschaffungsverträge sind:

- a) Indiz für die Annahme eines unechten Dienstverschaffungsvertrages ist, daß der Betrieb des Verschaffungsschuldners regelmäßig Aufgaben der gewünschten Art erfüllt. Setzt man anstelle eines "Betriebes", die Organisation der Schwestern, so ist deren hauptsächlich, satzungsmäßiger Zweck die Krankenpflege, "der Dienst an der Volksgesundheit und der leidenden Menschheit". Das Rote Kreuz bildet seine Schwestern nicht langjährig aus, um sie mit dem Abschluß unechter Dienstverschaffungsverträge in fremde Betriebe einzugliedern und damit aus seinem Einflußbereich zu verlieren; sondern die Schwesternschaften erfüllen durch die Tätigkeit ihrer Mitglieds- und Gastschwestern den satzungsmäßigen Vereinszweck.
- b) Unechte Dienstverschaffungsverträge haben zum Inhalt, daß die geschuldete Tätigkeit auf eigene Gefahr und Rechnung des Verschaffungsschuldners vorzunehmen ist. Das äußert sich einmal in der Vergütungsart; der Krankenhausträger bezahlt nicht an die Schwester oder die Schwesternschaft den Barlohn, den eine Schwester zu bekommen hat, sondern ein "monatliches Gestellungsgeld". Dieser Pauschalbetrag ist das Entgelt für die Schwesternschaft für die Übernahme der Krankenpflege. ⁴¹⁷⁾
- c) Ein weiterer Hinweis auf den Willen zur Übernahme der Krankenpflege auf eigenes Risiko, ist der Umstand, daß sich die Schwesternschaft durch Abschluß von Haftpflichtverträgen gegen eine Inanspruchnahme aus dem Verschulden von Schwestern in Ausführung der Pflegetätigkeit abzusichern pflegt.

416) Vgl. oben S.54.

417) Vgl. N i k i s c h, Festschrift, S.19.

- d) Wer auf Grund eines unechten Dienstverschaffungsvertrages auf eigenes Risiko Arbeitsleistungen verrichten läßt, wird sich des Direktionsrechts über seine Arbeitskräfte nicht begeben wollen. ⁴¹⁸⁾ Dem entspricht die tatsächliche Handhabung der Weisungsbefugnis gegenüber den Roten-Kreuz-Schwestern. Träger des Direktionsrechts sind entgegen der Meinung von **S a v a e t e** ⁴¹⁹⁾ und **T r i e s c h m a n n** ⁴²⁰⁾ nicht grundsätzlich die Krankenhausverwaltung und die Ärzte, sondern die Schwester untersteht ausschließlich den Weisungen ihrer Organisation, bzw. der Oberschwester, als Vertreterin. Diese bestimmt über Arbeitsplatz und Dienstplan innerhalb des Krankenhauses, ebenso über Freizeit und Urlaubstage. ⁴²¹⁾
- Die Weisungsbefugnis der Ärzte beruht auf dem zwischen Schwesternschaft und Krankenhausträger geschlossenen unechten Dienstverschaffungsvertrag. Sie richtet sich rechtlich gesehen gegen die Schwesternschaft, welche die Weisungen auf Grund des bestehenden Innenverhältnisses (Mitgliedschaftspflicht oder Arbeitspflicht der Gastschwester) an die einzelnen Schwestern "umadressiert". Um diesen umständlichen Weg zu vermeiden, ist anzunehmen, daß zwischen Schwesternschaft und Krankenhausträger ein Vertrag über die Ausübung des Weisungsrechts abgeschlossen wurde. ⁴²²⁾ Demnach können die Ärzte das Weisungsrecht bezüglich ihrer Anordnungen unmittelbar selbst ausüben. Träger des Weisungsrechts bleibt trotzdem die Schwesternschaft. ⁴²³⁾
- e) Als letztes Indiz für das Vorliegen eines unechten Dienstverschaffungsvertrages kann die für viele Gestellungsverträge typische Klausel herangezogen werden,

418) Vgl. oben S.42 d.

419) ArbuR S.6 r.Sp.

420) RdA 1955 S.57 l.Sp.

421) Vgl. von **M a l t z a h n**, RdA 1955 S.457 VII r.Sp.

422) Vgl. **M o l l i t o r**, Geteiltes Weisungsrecht,
DB 1960 S.29.

423) Vgl. oben S.61 ff.

wonach sich die Schwesternschaft vorbehält, das Krankenhaus ausschließlich mit verbandsangehörigen Schwestern zu beschicken. Sie hätte dazu keine Veranlassung, wenn sie dem Krankenhausträger lediglich Schwestern zu dessen eigener Verwendung zu stellen hätte. Vielmehr soll dadurch die ordnungsgemäße Durchführung der Krankenpflege entsprechend dem berufsethischen Niveau durch eine homogen zusammengesetzte Schwesternschaft gewährleistet werden. 424)

Somit kann als Ergebnis festgehalten werden, daß sowohl die Leistungs- als auch die Gestellungsverträge, gleichgültig ob es sich um Gast- oder Mitgliedsschwestern handelt, u n e c h t e D i e n s t v e r s c h a f f u n g s v e r t r ä g e sind.

2. Das Rechtsverhältnis zwischen Schwester und Krankenhausträger.

Im folgenden soll noch untersucht werden, ob die tatsächliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen der einzelnen Schwester und dem Krankenhausträger der obigen Annahme eines unechten Dienstverschaffungsvertrages entspricht.

Während beim Leiharbeitsverhältnis der Anspruch auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers während der Vertragszeit regelmäßig dem Verschaffungsgläubiger zusteht, 425) hat der Krankenhausträger nur gegen die Schwesternschaft einen Anspruch auf Einsatz der zur Ausübung der Pflege notwendigen Zahl von Schwestern. Er erwirbt jedoch nicht das Recht, daß bestimmte, z.B. namentlich genannte Schwestern den Dienst versehen. 426)

424) Mit Recht weist von M a l t z a h n, a.a.O. S.455 1.Sp. darauf hin, daß hierin keine sittenwidrige Ausschließung anderer Schwestern liege. Ebenso LAG Frankfurt, AP 53 Nr.143; wie hier N i k i s c h, Festschrift, S.14, 2.

425) Vgl. oben S.72 ff.

426) Vgl. von M a l t z a h n, RdA 1955 S.456 r.Sp.

Der Annahme eines unechten Dienstverschaffungsvertrages entspricht die Handhabung des Direktionsrechts, welches grundsätzlich der Schwesternorganisation zusteht. ⁴²⁷⁾

Ebenso wie der Krankenhausträger keinen Anspruch auf die Arbeitsleistung bestimmter Schwestern hat, kann er auch nicht gegenüber einer einzelnen Schwester kündigen.

Bei Vorliegen wichtiger Gründe kann er lediglich von der Schwesternschaft die Abberufung der Schwester verlangen. Über die Ablösung entscheidet die Schwesternschaft.

Die einzelne Schwester hat ihrerseits ebenfalls kein Kündigungsrecht gegenüber dem Krankenhausträger.

Sie kann nur bei ihrer Organisation darauf hinwirken, daß man sie von einem bestimmten Arbeitsplatz zurückziehe. ⁴²⁸⁾ Die Gastschwester kann das zur Schwesternschaft bestehende Arbeitsverhältnis kündigen, nicht aber gegenüber dem Krankenhausträger. Die wirksame Kündigung hat zur Folge, daß die Schwester nicht nur von dem Beschäftigungsplatz beim Krankenhausträger, sondern aus dem Dienst der Schwesternschaft überhaupt ausscheidet.

Der Urlaubsanspruch besteht nur gegen die Schwesternschaft. Die Urlaubszeit wird von der Schwesternorganisation im Benehmen mit dem Krankenhausträger bestimmt.

In dem von dem Krankenhausträger an die Schwesternschaft zu bezahlenden "Gestellungsgeld" werden nicht die baren Bezüge, welche die einzelne Schwester zu bekommen hat, festgelegt, wie das bei einem Leiharbeitsverhältnis der Fall wäre, sondern Zahlungen an die Schwestern werden ausschließlich von der Schwesternschaft bestimmt und vorgenommen. Die Mitgliedsschwester erhält nach der Schwesternordnung neben den übrigen Leistungen ein Taschengeld. Die Gastschwester hat den Tariflohn zu bekommen.

427) Vgl. oben S.125 d.

428) Von M a l z a h n, RdA 1955 S.457 r.Sp.

Somit wird durch die tatsächliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Rote-Kreuz-Schwester und Krankenhausträger die Annahme eines unechten Dienstverschaffungsvertrages bestätigt. 429)

429) Die entgegengesetzte Ansicht T r i e s c h m a n n 's und S a v a e t e s geht von der unzutreffenden Annahme aus, daß dem Begriff des Arbeitnehmers mit dem Vorliegen der Merkmale der "wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeit auf Grund eines freiwillig eingegangenen Vertrages" Genüge getan sei. "Müßte man dem Folge leisten, so müßte man auch bei der Hausfrau, die entsprechend den Anforderungen ihres Ehemannes im Haushalt tätig ist (und umgekehrt!) ein Arbeitsverhältnis bejahen. Das wird mit Recht von S c h n o r r von C a r o l s f e l d S.3 f. abgelehnt.

Lebenslauf :

Am 30.4.1933 wurde ich als Sohn des rom.kath. Notars Dr. Richard Daimer und seiner Ehefrau Ilse, geb. Seitz in München geboren.

Meine ersten fünf Lebensjahre verbrachte ich in Rothenburg o.T. Nach der Versetzung meines Vaters nach Garmisch - Partenkirchen besuchte ich dort von 1939 bis 1943 die Volksschule und anschliessend die Oberrealschule.

Im Sommer 1952 legte ich die Reifeprüfung an der Oberrealschule Garmisch - Partenkirchen ab.

Vom Wintersemester 1952 an studierte ich an den Universitäten München, Kiel und Erlangen Rechtswissenschaften.

Am 16.7.1956 bestand ich in Erlangen die erste juristische Staatsprüfung.

Anschliessend studierte ich in Erlangen zwei Semester Betriebswirtschaft und begann im Juni 1957 mit dem Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar beim Amtsgericht Garmisch - Partenkirchen.

Ich bin jetzt im 5. Semester meines betriebswirtschaftlichen Studiums an der Universität München immatrikuliert.

München, den 15. August 1960

Richard Daimer.

